Die Besichtigung des Körpers unverdächtiger Personen im Strafverfahren

---

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Pollmann
aus Ansbach
Referendar am Amtsgericht zu München

Approbiert am 14. Dezember 1926

Coburg
Druckerei des Coburger Tageblatt
1927

27:104

Referent: Universitäts-Professor Dr. A. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung und geschichtlicher Ueberblick. 1

B. Die Behandlung des Gegenstandes in der Literatur des geltenden Rechts. 4

I. Augenschein oder Durchsuchung? 4

II. Sind unverdächtige Personen verpflichtet, ihren Körper besichtigen zu lassen? 7

1. Verpflichtung, die Einnahme eines Augenscheins am Körper zu dulden. 8

a) Augenscheinsduldungspflicht und § 86 St.P.O. 8

b) Augenscheinsduldungspflicht und Zeugenpflicht. 10

c) Augenscheinsduldungspflicht und allgemeine Grundsätze. 12

d) Augenscheinsduldungspflicht und § 103 St.P.O. 12

2. Verpflichtung, eine Durchsuchung des Körpers zu dulden. 13

C. Eigene Stellungnahme. 16

I. Die Arten der Besichtigung des menschlichen Körpers im Strafverfahren. 16

II. Die Zulässigkeit der körperlichen Besichtigung unverdächtiger Personen. 22

1. Durchsuchung. 22

2. Untersuchung und Augenscheinseinnahme. 27

D. Gesetzgeberische Reformversuche nach Erlaß der Reichsstrafprozeßordnung, Stellungnahme zu den Entwürfen und vergleichende Darstellung ausländischen Rechts. 40

Literaturverzeichnis.

Beling, Ernst, Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozeßmaßregel. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z. St.W.) Bd. 15 S. 471 ff. 1895.

— Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß. (Strafrechtl. Abhandlungen Heft 46.) Breslau 1903.

— Das Strafprozeßrecht. In der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von v. Holtzendorff-Kohler. 5. Bd. 1914.

Bennecke, Hans, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechtes. Breslau 1895.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechtes. Breslau 1900.

Binding, Karl, Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1904.

Birkmeyer, Karl, Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin 1898.

Bozi, Alfred, Recht und Gesetz. In der Juristischen Wochenschrifft (J.W.), 53. Jahrg. 1924. S. 9591.

Brauer, W., Bemerkungen über Augenschein und Haussuchung. Im Archiv des Kriminalrechts, neue Folge. 1846. S. 583 ff.

Dalcke, A., Komm. z. Deutschen Strafprozeßordnung. Berlin 1881.

Delius, Ueber Zulässigkeit von Eingriffen in die Unantastbarkeit des Körpers. In der Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (L. Z.). 8. Jahrg., S. 1253 ff. 1914.

Dohna, Alexander, Graf zu, Das Strafprozeßrecht. 2. Aufl. Berlin 1925.

Ehrenfreund, B., Eine strafprozessuale Frage. In Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (G. Arch.). 53. Jahrg. S. 19 ff. 1906.

Erich, G., Die Strafprozeßordnung des Königreichs Italien vom 27. Februar 1913 übersetzt u. m. Anm. versehen Berlin 1910.

Feisenberger, Albert, Zwangsmittel im Strafverfahren. In Aschrotts Reform des Strafprozesses Berlin 1906.

— Kom. zur Strafprozeßordnung Berlin und Leipzig 1926.

Frank, Reinhard, Besprechung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z.St.W.). Bd. 12, S. 333. 1892.

Freund, Heinrich, Osteuropa-Institut in Breslau. Quellen und Studien. 1. Abt.: Recht. Neue Folge: 1. Bd. Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung Sowjetrußlands. Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

Friedrichs, Karl, Der menschliche Körper als Beweismittel. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. (Z. Z. P.) Bd. 19 S. 390 ff. 1894.

— Die körperliche Untersuchung dritter Personen. Im Recht. 5. Jahrg. S. 383 1901.

Geyer, August, Der Beweis im Strafprozeß. In v. Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechtes (Holtz. HB.) I. Bd. Berlin 1879.
— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts Leipzig 1880.
Glaser, Julius, Handbuch des Strafprozesses 2 Bände Leipzig 1883, 1885.
Groß, C., Die Beweistheorie im kanonischen Prozeß 2 Bde. Wien, Innsbruck 1867, 1880.
Hahn, C., Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung. 2 Abtl. Berlin 1880, 1881.
Hasemann, P., Die redaktionellen Mängel der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes Stuttgart 1888.
Hatschek, Julius, Deutsches und Preußisches Staatsrecht Bd. I Berlin 1922.
Hegler, A., Die Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen im Prozeß. Im Archiv für die zivilistische Praxis (Arch. Ziv. Prax.) Bd. 104 S. 151 ff. 1919.
Herrmann, Herbert, Der menschliche Körper als Beweismittel im Strafprozesse. Dissertation Borna-Leipzig 1913.
Holtzendorff, Franz v., Beschlagnahme, Durchsuchungen, Verhaftung. In v. Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts (Holtz. HB.) I. Bd. Berlin 1879.
John, Richard Ed., Kom. zur Strafprozeßordnung 1. Bd. Erlangen 1884.
Keller, Adolf, Kom. zur Strafprozeßordnung f. d. D. Reich Lahr 1882.
Kohler, Josef, Die Person des Zeugen als Augenscheinsobjekt. In Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (G. Arch.) Bd. 60 S. 213 ff. 1913.
Koppmann, Cl. v., Kom. zur Militärstrafgerichtsordnung München 1901.
Kreß, Josef, Der substantielle Mensch als Beweismittel im Strafverfahren. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Bay. Z.) II. Jahrg. S. 169 ff. 1906.
Kries, August v., Der Beweis im Strafprozeß des Mittelalters Weimar 1878.
— Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechtes. Freiburg i. B. 1892.
Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I. Bd. Tübingen 1911.
Lilienthal, Karl v., Das Strafprozeßrecht. In Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft Berlin 1904.
Liszt, Franz v., Die Reform des Strafverfahrens V. In der Nation 23. Jahrg. S. 339 f. 1906.
— Besprechung der 14. Aufl. des Kommentars von Löwe. In der Deutschen Strafrechtszeitung (D. St. Z.) Bd. 4 S. 445, 1917.
Lohsing, Ernst, Oesterreichisches Strafprozeßrecht Graz und Wien 1912.
Löwe, E., Kom. zur Strafprozeßordnung f. d. Deutsche Reich 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1881.
Löwe-Rosenberg, Kom. zur Strafprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. 16. Aufl. Berlin u. Leipzig 1925.
Löwenstein, Siegfried, Zwangsmittel im Strafverfahren. In Aschrotts Reform des Strafprozesses Berlin 1906.
Lukas, Hermann, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis 1. Teil: Das formelle Strafrecht 3. Aufl. Berlin 1908.
Mayer, Artur, Augenscheinseinnahme und Durchsuchung im geltenden Strafprozeßrechte unter Berücksichtigung des Entwurfs (strafrechtl. Abhandlungen Heft 128) Breslau 1911.

Mittermaier, Josef, Theorie des Beweises im Peinlichen Prozesse I. Teil Darmstadt 1821.
— Die Lehre vom Beweis im Deutschen Strafprozesse Darmstadt 1834.
— Das Deutsche Strafverfahren I. Teil Heidelberg 1845.
Möhring, Philipp, Die körperliche Untersuchung im Strafprozeß und die Verwertung ihrer Ergebnisse. Berlin 1922.
Mommsen, Römisches Strafrecht (Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft I 4) Leipzig 1899.
Müller, Durchsuchung der einer strafbaren Handlung verdächtigen Person. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Bay. Z.) 1. Jahrg. S. 449 f. 1905.
Pechwell, Die Militärstrafgerichtsordnung mit Anmerkungen Leipzig 1899.
Planck, Julius Wilh., Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens Göttingen 1857.
— Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 2. Bd. Braunschweig 1879.
Puchelt, Ernst Sigism., Kom. zur Strafprozeßordnung f. d. D. Reich. Leipzig 1881.
Riezler, Erwin, Anmerkung zur Rechtsprechung des Reichsgerichts. In der Juristischen Wochenschrift (J. W.) 54. Jahrgang S. 2459 1925.
Rosenfeld, Ernst Heinr., Lehrbuch des Reichsstrafprozesses. 4.—5. Aufl. Berlin 1912.
— Deutsches Strafprozeßrecht II in der Sammlung Göschen Berlin u. Leipzig 1926.
Rosenmeyer, A., Der menschliche Körper als Beweisobjekt. Im Gerichtssaal (Ger.S.) Bd. 63 S. 41 ff. 1904.
Rupp, Erwin, Der Beweis im Strafverfahren Freiburg i. B. und Tübingen 1884.
Schoetensack, August, Der Strafprozeß der Carolina. Dissertation Leipzig 1904.
Schwarze, Friedr. Oskar v., Kom. zur Deutschen Strafprozeßordnung Leipzig 1878.
Seydel, Max v., Bayerisches Staatsrecht 1. Bd. 2. Aufl. Freiburg i. B. und Leipzig 1896.
Spitznagel, Anton, Die Haussuchung im Strafprozeß. Dissertation Tübingen 1896.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 1. Bd. Tübingen 1925. 12. Aufl.
Stenglein, M., Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechtes Stuttgart 1887.
— Kom. zur Strafprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. 3. Aufl. München 1898.
— Haussuchnug und Durchsuchung. Im Gerichtssaal (Ger. S.) Bd. 57 S. 3 ff. 1900.
— Kom. zur Militärstrafgerichtsordnung Berlin 1901.
— Zur Reform der Strafprozeßordnung. Im Gerichtssaal (Ger.S.) Bd. 62 S. 258 ff. 1903.
Thilo, G., Kom. zur Strafprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. Berlin 1878.
Ullmann, Emanuel, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.
Vargha, Julius, Die Verteidigung in Strafsachen Wien 1879.
Voitus, C. A., Kontroversen betreffend die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz 2. Bde. Berlin 1881, 1882.
Voß, Hermann, Streitfragen aus der Deutschen R.St.P.O. unter Berücksichtigung der Reformentwürfe III. In Goltdammers

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (G. Arch.) Bd. 60 S. 187 ff. 1913.
Weigel, Gottlob, Handausgabe der Militärstrafgerichtsordnung München 1899.
Zachariae, Heinr. Albert, Handbuch des Deutschen Strafprozesses II. Bd. Göttingen 1868.
Zumpt, A. W., Der Kriminalprozeß der römischen Republik. Leipzig 1871.

— — — —

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (R. G. St.), Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (R.G.Rspr.), Reichsgerichtsurteile in G.Arch., im Recht, in der J. W.
Entscheidung des Kammergerichts (Kam. Ger.) i. d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 44 S. 484 ff. 1924.
Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses 2 Bände herausgegeben vom Reichsjustizamt Berlin 1905.
Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung amtl. Ausgabe Berlin 1908.
Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung. Verhandlungen des Reichstages 1909. Bd. 270 Anlagen zu den stenograph. Berichten (Sten.B.) S. 21 ff.
Entwurf eines Gesetzes zur Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes u. Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung Berlin 1920.
Stenographische Berichte (Sten.B.) über die Verhandlungen des Reichstages von 1874/75 Bd. 3; 1895/97 5. Bd., 3. u. 5. Anl.Bd.; 1897/98 2. Anl.Bd.; 1910 Bd. 277 Anl.; 1911 Bd. 278 Anl.

Die Besichtigung des Körpers unverdächtiger Personen im Strafverfahren.

A. Einleitung und geschichtlicher Ueberblick.

Die Besichtigung des Körpers unverdächtiger d. i. einer strafbaren Handlung nicht verdächtiger Personen, also u. a. auch solcher Personen, welche wegen Unzurechnungsfähigkeit, Notwehr, Notstand, notwendiger Teilnahme oder als Begünstiger von Angehörigen um sie der Bestrafung zu entziehen nicht strafbar sind, ist im Strafverfahren von großer praktischer Bedeutung. Man denke an den Fall, daß jemand eines Verbrechens der Notzucht beschuldigt ist: der Aussage der einzigen überdies vielleicht wegen jugendlichen Alters eidesunmündigen Zeugin, der angeblich vergewaltigten Person, stellt der Beschuldigte die Behauptung der Jungfräulichkeit des Mädchens gegenüber, nur eine körperliche Besichtigung der angeblich Verletzten kann den Beweis der Schuld oder Nichtschuld erbringen; oder — es handelt sich um eine Körperverletzung: die körperliche Besichtigung ist nötig um festzustellen, ob Verletzungen vorliegen, ob sie leichter, schwerer oder lebensgefährlicher Art sind, auf welche Weise sie zugefügt worden sind usw. Ein anders gearteter Fall ist der, daß ein Angehöriger des Verdächtigen, um diesen der Bestrafung zu entziehen, ein Beweismittel an seinem Körper versteckt hält.

Wir sehen, daß die Besichtigung des Körpers unverdächtiger Personen eine nicht zu unterschätzende Rolle im Strafprozeß spielt und wir fragen uns, in welchen prozessualen Formen sie auftritt. Die Besichtigung des Körpers unverdächtiger Personen bedeutet aber auch — wenn sie vom Staate erzwungen werden kann — einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen, dessen Schamgefühl vor allem sich vielfach gegen die geplante Maßnahme aufbäumen wird. Es stehen sich also gegenüber ein hohes Interesse der im Staate zusammengefaßten Gemeinschaft und ein ganz natürliches Interesse der Persönlichkeit, des Individuums, dessen Interessenschutz die Gegenwart sich angelegen sein läßt. Da erhebt sich die Frage: wie hat das geltende Recht dieses

schwierige Problem der Güterabwägung im vorliegenden Falle gelöst?

Im römischen Recht finden wir zwar ein Recht zur Haussuchung um in den Besitz von Urkunden zu gelangen (Zumpt 305, Mommsen 418), von einer Durchsuchung der Person ist keine Rede. Desgleichen finden wir nur ganz spärliche Andeutungen der Einnahme eines Augenscheins (s. Mommsen 400 und 803). Im mittelalterlichen germanischen Prozeß spielte die leibliche Beweisung bei handhafter Tat eine bedeutende Rolle. Gegenstand des richterlichen Augenschein waren nicht nur der Leichnam des Erschlagenen, sondern auch Wunden und Beulen des Verletzten. Diese wurden durch mehrere aus gehegter Bank gesandte Schöffen oder Dingleute, in etlichen Städten durch den beeidigten Wundarzt besichtigt (Planck d. d. Ger. Verf. i. Mittelalter 152) oder dem Gericht selbst vorgewiesen und ihre Beschaffenheit konstatiert, sodaß es für den Kläger unschädlich war, wenn wegen Abwesenheit des Beklagten die Klage befristet werden mußte und die Verletzungen mittlerweile zugeheilt waren; in diesem Falle wurde die Eigenschaft der Verletzung als Blutrunst, Blauschlag, Lähmung, kampfbare Wunde usw. festgestellt, denn hiervon war die Strafe des Täters abhängig (v. Kries d. Bew. i. Straf. Pr. d. Mittelalters 34 f.).

Das im kanonischen Recht sich Bahn brechende Inquisitionsprinzip legte dem Richter die Pflicht auf von Amts wegen Augenschein einzunehmen, wenn er dies zur Erforschung der Wahrheit als nützlich und notwendig erkenne (Groß II 116). Im kanonischen Prozeß entwickelte sich auch der Beweis durch Sachverständige z. B. rücksichtlich der im Eheprozeß wichtigen Frage nach der carnalis copula secuta und der Beschaffenheit von Wunden, wobei der Richter nur die nötigen Erfordernisse zu diesem Beweismittel zu prüfen, nicht mit zu beobachten hatte (Groß I 110). Im Strafprozeß der C. C. C. war das wichtigste Beweismittel das gerichtliche Geständnis; wollte der Beschuldigte nicht gestehen, so wurde er auf genügende Indizien hin der Folter unterworfen, die sein Leugnen brechen sollte (s. Schötensack 41 ff.). Unter den von der C. C. C. aufgestellten Indizien finden wir auch die körperliche Besichtigung, allerdings nur verdächtiger Personen. Der Art. 35 schreibt nämlich vor, daß die der heimlichen Kindstötung verdächtige Mutter „durch verstendig frawen an heymlichen stellen, als zu weither erfarung dienstlich ist“ besichtigt werden soll. „Jtem, wo aber das kindtlein,“ sagt der Art. 36, „so kürtzlich ertödt worden ist, daß der Mutter die milch inn den prüsten noch nit vergangen, die mag an jren prüsten gemolcken werden usw.“

Im gemeinen Inquisitionsprozeß trat die Achtung vor der persönlichen Freiheit des einzelnen gegenüber dem staatlichen

Interesse an der materiellen Wahrheitserforschung in weitgehendem Maße zurück. Es galt der Satz der L. 2 Dig. II. 1. de jurisd. „cui jurisdictio data est, ea quoque concessa videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest (Zachariae 162). Dazu kam noch die Regel, daß alle Tatsachen, die der Richter sinnlich wahrnehmen könne, durch Augenschein bewiesen werden müßten (Birkmeyer 414). Mit der Ausbildung des Untersuchungsverfahrens, insbesondere mit der Entwicklung des richterlichen Augenscheins innerhalb dieses Verfahrens stieg auch die Bedeutung der Sachverständigen (Mittermaier Strafv. I 547, Ullmann 342). Positive gesetzliche Bestimmungen fehlen jedoch nahezu völlig (Mittermaier Th. d. Bew. i. peinl. Pr. I 153, Brauer Arch. d. Krim. R. n. F. 602), insbesondere hören wir nichts von einer Besichtigung des Körpers unverdächtiger Personen, sei es in Gestalt von Vorschriften über Augenscheinseinnahme oder von Vorschriften über Durchsuchung, die beide damals noch gleichartige Institute waren (s. Brauer 583). Wenn auch mit Sicherheit anzunehmen ist, daß die Regel, die Mittermaier Strafv. 542 für den gemeinen Prozeß aufstellt und die allgemein die Augenscheinsduldungspflicht als Staatsbürgerpflicht erklärt, auch vor der körperlichen Besichtigung nicht halt machte, so ist doch zweifelhaft, ob sie hier voraussetzungslos galt. Für die jüngste Zeit des gemeinen Inquisitionsprozesses jedenfalls kamen Mittermaier i. d. Lehre v. Bew. 174 Anm. 19 nach dieser Richtung bereits heftige Bedenken, die ihn im Strafv. a. a. O. dazu führten, den Augenschein an einer Person, die nicht selbst eines Verbrechens angeschuldigt ist, sondern nach der Anzeige Gegenstand des Verbrechens war, von einer mit Wahrscheinlichkeitsgründen unterstützten Anschuldigung, die zur Einleitung eines Strafverfahrens hinreicht, abhängig zu machen.

Die Reformbewegung der 40er Jahre hat in unserer Frage keine Klarheit geschaffen, sie übernahm vielmehr in ihren Gesetzbüchern das Erbe des Inquisitionsprozesses. Tritt auch in einzelnen Beziehungen das Bestreben hervor, Eingriffe in die individuelle Rechtssphäre durch bestimmtere Vorschriften an gewisse materielle und formelle Bedingungen zu knüpfen (Zachariae 163, s. d. Best. ü. Haussuchung i. württ. St.P.O. v. 1843 Art. 238 ff., bad. St.P.O. v. 1845 §§ 112 ff., sächs. St.P.O. v. 1855 Art. 196 ff.), gerade was die wichtige Frage der Pflicht die körperliche Besichtigung zu dulden anlangt, hüllen sich die neueren Gesetze in Schweigen (s. Beling Z.St.W. 15, 481 gg. v. Kries Lehrb. 410), sie halten es nach Planck system. Darst. 224 nicht für nötig, diese Verpflichung ausdrücklich auszusprechen, für den Unverdächtigen so wenig wie für den Verdächtigen. Nehmen wir z. B. den § 108 d. bad. Z.P.O. v. 1845: „Bei Körperverletzungen ist sogleich die Besichtigung des Verletzten durch den gerichtlichen Arzt oder Wundarzt ... zu ver-

anstalten." Ausdrücklich ausgesprochen ist hier nur eine Instruktion für den Richter, die Verpflichtung des einzelnen ist aber als selbstverständlich angesehen. Ausnahmen von dieser Verpflichtung werden gesetzlich geregelt, nicht die Verpflichtung selbst, wie ein Blick auf § 109 a. a. O. zeigt. Dort heißt es: „Zieht der Verletzte vor, statt durch den gerichtlichen Arzt oder Wundarzt, sich durch einen anderen Arzt oder Wundarzt behandeln zu lassen, so kann ihm dies nicht verweigert werden . . ." S. ferner bad. St.P.O. § 106, württ. St.P.O. v. 1843, Art. 94, 112, 113, sächs. St.P.O. v. 1855 Art. 174/177. Dieser Zustand mangelnder gesetzlicher Umgrenzung der Staatsbürgerpflicht entsprach nicht mehr den kulturellen Anschauungen der damaligen Zeit. „. . . die Antwort, daß dem Rechte des Staats begangene Verbrechen zu untersuchen," sagt Brauer 605, „die Pflicht des Staatsbürgers alles, was in dieser Absicht vom Staate unternommen wird, zu dulden als Korrelat gegenüber stehe, kann uns nicht befriedigen, weil sie in dieser Allgemeinheit unrichtig ist und den Bürger zu einer Sache erniedrigt, an welcher der Richter beliebig experimentieren könnte. Wir müssen vielmehr weiter untersuchen, ob gesetzlich eine Pflicht des Bürgers hierzu deduciert werden könne". S. ferner Planck syst. Darst. 223 ff., der sich gegen „die völlig ungebührliche Ausdehnung der Zwangspflicht der Staatsbürger, sich dem Augenschein zu unterwerfen," wendet. So drängte denn die kulturelle Entwicklung immer mehr dazu, die natürlichen Interessen des einzelnen gegenüber den Interessen des Staates und dessen Machtbefugnis in wirksamerer Weise zur Geltung zu bringen, ohne allerdings zu klaren Begriffen zu kommen.

B. Die Behandlung des Gegenstandes in der Literatur des geltenden Rechts.

I. Augenschein oder Durchsuchung?

Die körperliche Besichtigung unverdächtiger Personen ist hauptsächlich in zweifacher Hinsicht eine Streitfrage. Streitig ist

1. ob die körperliche Besichtigung einer Person strafprozessual als Augenschein oder als Durchsuchung zu behandeln ist,
2. ob unverdächtige Personen verpflichtet sind, die Besichtigung ihres Körpers zu dulden.

Zur Besichtigung des menschlichen Körpers kann im Strafprozeß aus zwei Gründen Veranlassung gegeben sein, entweder

es wird am oder im menschlichen Körper ein beschlagnahmbarer Gegenstand, d. i. ein Gegenstand, welcher als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein kann oder der Einziehung unterliegt, gesucht oder der menschliche Körper soll selbst als Beweismittel, nämlich als Augenscheinsobjekt dienen.

Daß es sich im ersteren Falle um eine Durchsuchung im Sinne der §§ 102 ff. St.P.O. handelt, ist unbestritten. Anders im zweiten Falle! Hier spricht Beling Z.St.W. 15, 472 von körperlicher Untersuchung, indem er definiert: Körperliche Untersuchung ist die auf sinnliche Wahrnehmung der physischen Beschaffenheit eines menschlichen Körpers gerichtete, den letzteren unmittelbar erfassende Tätigkeit einer Person, mag sie sich nun auf Körperteile erstrecken, die gewöhnlich verhüllt getragen werden und zum Zwecke der Untersuchung erst entblößt werden müssen, oder nicht, mag die Ermittlungstätigkeit ein inneres oder äußeres Organ betreffen. Dieser Definition der körperlichen Untersuchung haben sich Mayer 43 und Möhring 11 angeschlossen, während andere von dem Untersuchungsbegriff die Fälle der bloßen Besichtigung, bei der ein Suchen nicht stattfindet, ausschließen und wieder andere den Begriff Untersuchung überhaupt vermeiden. Von der Untersuchung trennt Beling die „Visitation", bei welcher am Körper des Menschen nach versteckten Sachen gesucht wird. Untersuchung sowohl wie Visitation werden aber von ihm unter den Begriff der Durchsuchung gebracht, denn Zweck der Durchsuchung sei schlechthin ein Finden, strafprozessual falle also jede zwecks Augenscheinseinnahme ins Werk gesetzte körperliche Untersuchung zugleich unter den Begriff der Durchsuchung, dergestalt, daß die Durchsuchung das Mittel zum Zwecke der Augenscheinseinnahme darstelle. So bezeichnet denn Beling a. a. O. 474 die körperliche Untersuchung als eine Kombination von Beweisakt (Augenscheinseinnahme) u. Durchsuchung. Friedrichs Z.Z.P. 19, 391 behauptet, die Untersuchung sei überhaupt kein Beweismittel, sondern liefere Beweisstoff, welcher durch zulässige Beweismittel zur richterlichen Kenntnis gebracht werden könne. Auch Puchelt 222 bezeichnet die Untersuchung lediglich als eine Art der Durchsuchung. Brauer 586 bemerkt, Augenschein und Durchsuchung vereinigen sich praktisch oft in demselben Akt, sodaß man die vorgenommene Untersuchungshandlung ebensowohl Augenschein als Durchsuchung nennen oder ihr den Namen beider beilegen könne. In ähnlicher Weise äußern sich Kreß Bay. Z. 2, 220, Delius L. Z. 8, 1257, R.G.St. 24, 234 u. a. In E. 14, 193 und im „Recht" 02, 514 entwickelt das Reichsgericht seine Ansicht dahin, daß der Augenscheinseinnahme des Richters durch die Vorschriften der §§ 94 ff. St.P.O. insoweit mehrfache Schranken gesetzt seien, als ihr eine Beschlagnahme oder eine

Durchsuchung vorausgehen müsse; zur Untersuchung des Körpers einer Person könne sonach der Richter nur unter den Voraussetzungen schreiten, unter welchen eine Durchsuchung statthaft sei, also bei mangelndem Einverständnis des Betroffenen nur unter den Bedingungen der §§ 102, 103 St.P.O. Praktisch gewähre die Durchsuchung einer Person die Möglichkeit, den Körper dieser Person in Augenschein zu nehmen, sagt das Kammergericht Z.St.W. 44, 485. Man stützt sich dabei auf die Stellen in den §§ 102, 103, die von Auffindung von Beweismitteln (102) bezw. Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung (103) sprechen. Des weiteren betrachten die körperliche Untersuchung unter dem Gesichtspunkte der Durchsuchung John 725, Stenglein Lhrb. 222, Ger. S. 57, 17, Löwe 2. Aufl. 296, Lukas 137, Kohler G. Arch. 60, 214, Herrmann 3 ff., Feisenberger 92.

Die Gegner der eben mitgeteilten Ansicht unterscheiden streng zwischen Durchsuchung und Augenschein und behandeln die körperliche Untersuchung lediglich als Augenschein. Entscheidend für die rechtliche Natur der körperlichen Besichtigung sei der Zweck derselben, ein Augenschein liege vor, wenn der menschliche Körper selbst als Beweismittel dienen soll, eine Durchsuchung liege vor, wenn Fremdkörper, welche angeblich am und im menschlichen Körper verborgen sind, als Beweismittel dienen sollen (Löwe-Rosenberg 16. Aufl. 227). Binding 137 sagt von der Durchsuchung, sie liege ebenso außerhalb, wie der Augenschein innerhalb des Beweises. Mayer erklärt (S. 49): „Die Untersuchung, die lediglich den menschlichen Körper zum Gegenstand hat, kann sich nur auf die Wahrnehmung der physischen Beschaffenheit dieses Körpers selbst richten. Soll die Untersuchung ein konkretes Finden bezwecken, dann kann es sich folgerichtig nur um das Finden solcher Beweismittel handeln, die mit der Substanz des Körpers zusammenhängen . . . Das Finden solcher mit der Substanz des Körpers zusammenhängender Beweismittel ist eigentlich gar kein konkretes Finden und — was noch wichtiger ist — ist niemals Selbstzweck. Zweck ist vielmehr die Wahrnehmung und Feststellung, daß sich das Beweismittel am Körper befindet, wo es sich befindet und wie es beschaffen ist — stets also ein abstraktes, ein geistiges Finden. Es ist also die körperliche Untersuchung der Person stets Augenscheinseinnahme, vorausgesetzt, daß sie vom Richter zum Zweck der Beweisaufnahme nach den Regeln einer solchen vorgenommen wird." Möhring 11 und 12 betont, nicht die Wunde etc., die gesucht wird, sondern, da sie zur Pertinenz des Körpers gehöre, der Körper selbst sei Beweismittel, dieser werde aber nicht erst durch das Auffinden der Wunde etc. Beweismittel, sondern sei es schon im Augenblick der Untersuchung. Ferner weist er S. 36 darauf hin, daß der Um-

stand, daß Durchsuchung und Augenscheinseinnahme von einander bedingt waren, nichts an der Wesensverschiedenheit der beiden Untersuchungshandlungen ändere; selbst wenn man in gewissen Fällen von einer Koinzidenz sprechen wolle, so sei auch in diesen Fällen der Verschiedenheit der beiden Akte wegen weder für den einen noch für den andern etwas gewonnen. Möhring 37 sowie Rosenmeyer Ger. S. 63, 44 und Mayer 29 machen namentlich auf die Fälle aufmerksam, in denen eine Augenscheinseinnahme möglich sei, ohne daß es einer gleichzeitigen oder vorausgehenden Durchsuchung bedürfe, so z. B. wenn an einer unbedeckten Stelle des Körpers eine Narbe besichtigt werden soll. Den hier gekennzeichneten Standpunkt vertrat schon 1880 Geyer Lhrb. 563 mit aller Klarheit, er wird ferner vertreten von v. Holtzendorff i. Holtz. H.B. I 325, v. Kries 410, Voitus II 276, Binding 137, Rosenmeyer 44, auch Dohna 112 Anm. 1, 115 Anm. 2, Ehrenfreund G.Arch. 53, 21 und 22; er war auch der Standpunkt der Kommission, die 1898 dem Reichstage über den Entwurf einer Militärstrafgerichtsordnung Bericht erstattete (Sten. B. 1897/98 2. Anl. Bd. Drucks. Nr. 150 S. 1540), s. ferner v. Koppmann, Kom. z. M.St.G.O. 401 Weigel 124 und Pechwell 292.

II. Sind unverdächtige Personen verpflichtet, ihren Körper besichtigen zu lassen?

Beling 478 weist darauf hin, daß die Verfügung über den eigenen Körper eine res merae facultatis, ein Recht der natürlichen Freiheit sei, und folgert schon hieraus, daß Einschränkungen des Menschen in der Herrschaft über seinen Leib als Abweichungen von der zunächst liegenden Auffassung immer eines besonderen Titels bedürfen. In gesteigertem Maße kommt nach seiner (i. J. 1895 geäußerten) Meinung dieser Satz zur Geltung, wo die natürliche Verfügungsmacht des Menschen über seinen Körper staatsgrundgesetzlich in die feste Form eines sog. Grundrechtes gegossen ist (s. z. B. Preuß. Verf.Urk. v. 31. I. 1850 Art. 5, Bayr. Verf.Urk. v. 26. V. 1818 Tit. IV § 8). Ebenso Herrmann 6 f. Für das neueste Recht ziehen Möhring 23, Kam.Ger. 485 und Rosenfeld b. Göschen 75 Anm. 7 die gleiche Schlußfolgerung aus Art. 114 d. Reichsverfassung. v. Seydel I 301 sagt von den sog. Grundrechten: „Sie begründen . . nicht Rechte der Staatsangehörigen, sondern sie besagen, daß, wenn die Gesetzgebung die Freiheit des einzelnen in gewissen Gebieten beschränken wolle, sie auf dem Wege der Verfassungsänderung verfahren müsse.“ Vgl. auch Laband I 151. Kreß 178 fügt hinzu, darüber, wie ein solches Ge-

setz beschaffen sein müsse, sagen diese Verfassungsbestimmungen nichts; es bleibe demnach bei den anerkannten Regeln der Gesetzesinterpretation, ausdrückliche gesetzliche Regelung sei also nicht erforderlich, während das Kam.Ger., Beling, Möhring und Rosenfeld eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift oder doch jedenfalls Normen verlangen, deren derogierender Charakter ohne weiteres zutage tritt.

1. Verpflichtung die Einnahme eines Augenscheins am Körper zu dulden.

a. Augenscheinsduldungspflicht und § 86 St.P.O.

Wenden wir uns zuerst der Streitfrage zu, ob unverdächtige Personen verpflichtet sind, die Einnahme eines Augenscheins an ihrem Körper zu dulden. Eine ausdrückliche Vorschrift in dieser Hinsicht findet sich in der St.P.O. nicht. Rosenmeyer 46, Mayer 30, Löwe 2. Aufl. 296 und Dalcke 64 behaupten, daß der in § 86 St.P.O. dem Richter erteilten Befugnis Augenschein einzunehmen auf Seiten des einzelnen eine Duldungspflicht entspreche. Das Reichsgericht spricht sich in E. 14, 192 (s. Rspr. 8, 454, ff.) allgemein dahin aus, daß den Organen der Strafrechtspflege mit der Berechtigung zu dem Akte auch die Befugnis zur Ueberwindung eines entgegengesetzten Widerstands gegeben sei, insoweit das Gesetz nicht Einschränkungen vorsehe. Aehnlich Geyer Lhrb. 488, i. Holtz. HB. I 226 u. Pechwell 268 zum § 222 der Militärstrafgerichtsordnung. Delius 1255 und Löwe-Rosenberg 228 stützen sich auf den § 89 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts, welcher lautet: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann", wobei Löwe-Rosenberg bemerkt, es fehle jeder Anhaltspunkt für die Annahme, daß dieser Grundsatz, der jedenfalls in Preußen anerkannt war, durch die St.P.O. beseitigt oder eingeschränkt werden sollte.

Dagegen wenden Beling 491/492 und Möhring 30 ein, der § 86 sei lediglich eine Verfahrensvorschrift für den Richter, die Berechtigung zur Einnahme eines Augenscheins habe ihre Stellung lediglich im Beweisrechte, die bloße Zulassung des Augenscheinsbeweises sei nicht gleichbedeutend mit dem publizistischen Anspruch der öffentlichen Gewalt gegen die der Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen auf Duldung der Augenscheinseinnahme. Gleicher Ansicht sind von Kries 410 Anm. und Herrmann 26, welch letzterer darauf hinweist, daß der Richter die prozessuale Befugnis zur Augenscheinseinnahme nicht immer gehabt, diese sich vielmehr erst im Laufe der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet habe.

Beling a.a.O., Bennecke 376 Anm. 15 und Möhring 32 machen auf den § 159 (jetzt 161) der St.P.O. aufmerksam, wo der Staatsanwaltschaft zwar das Recht zuerkannt sei Zeugen zu vernehmen, jedoch anerkanntermaßen niemand verpflichtet werde sich von ihr vernehmen zu lassen.

Ferner wenden John 724, Beling 492/93 und Herrmann 27 ein, daß sich das Gesetz auch beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise nicht mit der Zulassung begnügt habe, sondern die Pflicht zur Zeugnisleistung, die Pflicht zur Erstattung von Sachverständigengutachten, desgleichen die Editionspflicht (§ 95 St.P.O.) ausdrücklich festgestellt und zugleich bestimmt habe, durch welche Mittel die Erfüllung dieser Pflicht erzwungen werden könne.

Demgegenüber machen Kreß 178, Rosenmeyer 47, Mayer 32 und Möhring 31 auf den Unterschied zwischen psychischem Zwang bei Erzwingung eines facere und physischem Zwang bei Erzwingung eines pati aufmerksam. Wo dem Richter eine Machtbefugnis gegeben sei, die er schon mit Hilfe der vis absoluta durchsetzen kann, verstehe sich die Anwendung derselben von selbst. Es müsse sich aber, fährt Möhring a.a.O. im Gegensatz zu den andern fort, um Fälle handeln, in denen sich die gesetzliche Befugnis ohne weiteres als Zwangsbefugnis charakterisiere wie bei der Durchsuchung, auf die Augenscheinseinnahme, die beweisrechtlichen Charakter trage, treffe dies nicht zu. Dagegen hält Mayer 31 eine ausdrückliche Vorschrift gerade deshalb für entbehrlich, weil es sich bei der Augenscheinseinnahme in erster Linie um die Erbringung des Beweises handle, der Zwang also, nur etwas Sekundäres, eine praktisch notwendige Folge, nichts zum Begriffe des Augenscheins Gehöriges sei. Gegen eine selbständige Augenscheinsduldungspflicht bringt Beling 493 auch noch den Einwand, daß dritte, welche den Beweisaufnahmezwecken dienstbar gemacht werden, regelmäßig entschädigt werden, daß das Gesetz aber von einer Entschädigung bei Augenscheinseinnahme nichts wisse.

Historische Beweisführung unternimmt v. Kries 410 Text und Anm. 1. Er zitiert eine Reihe älterer Gesetzesbestimmungen, in denen die Augenscheinsduldungspflicht seiner Ansicht nach ausdrücklich ausgesprochen war, und stützt diese Verpflichtung für das geltende Recht u. a. darauf, daß sich nicht dartun lasse, daß man sie durch konkludentes Schweigen habe beseitigen wollen.

Dem entgegen behauptet Beling 480 ff. von den angezogenen Gesetzesstellen, sie hätten lediglich beweisrechtliche Bedeutung, die Frage, ob die betroffenen Personen verpflichtet seien sich in der angegebenen Weise behandeln zu lassen, berührten sie mit keiner Silbe, es habe also auch nicht den Redaktoren der St.PO. im Sinne gelegen sein können, einen

Rechtssatz, der die Duldungspflicht aussprach, zu konservieren und hätten sie solches im Sinne gehabt, so stünde doch der Heranziehung der früheren Landesgesetze § 6 E.G. z. St.P.O. entgegen. Ebenso Herrmann 29 ff.

Gegen die Geltendmachung des § 6 E.G. St.P.O. wendet Kreß 204 ein, es solle nicht eine Lücke der St.P.O. durch Heranziehung früheren außer Geltung getretenen Rechtes ausgefüllt werden, sondern lediglich das bestehende Gesetz ausgelegt werden. Im übrigen (S. 201 ff.) stimmt er Belings Ausführungen gegen v. Kries zu, insoweit eine ausdrückliche Bestimmung die bei von Kries angeführten Stellen nicht enthielten. Des weiteren sucht aber auch er eine Augenscheinsduldungspflicht im geltenden Rechte aus der geschichtlichen Entwicklung zu begründen; im gemeinen inquisitorischen Prozesse habe man nach dem Grundsatz „der Zweck heiligt die Mittel" verfahren, kein Wunder, wenn diese Zeit spezielle Bestimmungen des Inhalts, daß man sich diesen oder jenen dem Richter erlaubten Eingriff in die persönliche oder häusliche Sphäre gefallen lassen müsse, überhaupt nicht aufgewiesen habe. Die Reformbewegung der 40er Jahre habe an dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung mit allen gesetzlich zulässigen Mitteln nichts Wesentliches geändert, auch die Gesetzgeber unserer St.P.O. hätten mit keiner Silbe die Absicht einer Aenderung der bisherigen Grundsätze auch nur ahnen lassen.

Gegen Kreß wendet Möhring 33 ein, daß zur Zeit der reformierten Strafprozeßordnung schon gar nicht mehr als selbstverständlich angesehen worden sei, daß dem Augenscheinsrecht auch eine Duldungspflicht entspreche (s. Brauer 605). Möge man aber auch auf Grund gewisser älterer Gesetzesbestimmungen vielleicht zu dem Schlusse kommen, der Befehl an den Richter Augenschein einzunehmen sei dort in so strikter Form erteilt, daß er auch für Dritte Geltung habe, so müsse man doch angesichts unserer Strafprozeßordnung, die mit keinem Worte den Richter zwinge, den lebenden Menschen zu beaugenscheinigen und in Anbetracht des Umstandes, daß sich doch auch unsere Anschauungen geändert haben, einen speziellen Titel für die Duldungspflicht verlangen.

b. Augenscheinsduldungspflicht und Zeugenpflicht.

Brauer 605/6 und Stenglein i. Kom. 221 Anm. (i. Gegs. zu später, s. Ger.S. 57, 17) vertreten die Anschauung, daß die Augenscheinsduldungspflicht in der Zeugnispflicht enthalten sei, indem die Angaben, die der Zeuge zu machen habe, auch in sichtbaren Spuren bestehen könnten. In Konsequenz dieses

Standpunktes erklären sie den Augenscheinszwang Dritten gegenüber für unstatthaft, wenn und inwieweit diese das Recht der Zeugnisverweigerung haben (so Stenglein noch im Kom. z. M.St.G.O. 177 trotz Ger.S. 57, 17). Auch von Liszt tritt entschieden für die Unstatthaftigkeit des Zwanges zur körperlichen Besichtigung bei den zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen ein, anscheinend im Wege der Analogie („Nation" 23, 339 f. D.St.Z. 4, 445); vergl. auch Vargha 515. Die Befreiung von der Zeugnispflicht würde seiner Ansicht nach illusorisch gemacht, wenn die Untersuchung des Körpers des Befreiten gestattet würde: die Striemen am Körper sprächen lauter und eindringlicher für die Mißhandlung als die abgelegte Aussage. Ehrenfreund G. Arch. 53, 24 ff. leitet ein Augenscheinsduldungsverweigerungsrecht Dritter aus dem Editionsverweigerungsrecht mittels des Schlusses a majore ad minus ab. Als Zwangsmittel geben die genannten Autoren dem Richter die indirekten (psychischen) Zwangsmittel des § 69 (jetzt 70) d. St.P.O. an die Hand. (Stenglein Lhrb 22, v. Liszt Nat. 340, Ehrenfreund G. Arch. 53, 24).

Gegen die Anschauung, daß die Augenscheinsduldungspflicht unverdächtiger Personen in der Zeugnispflicht enthalten sei, wendet sich Beling Z.St.W. 15, 489 mit der Bemerkung, der Zeuge sei nur schuldig durch die Sprache mitzuteilen, was er weiß. Aber auch der Analogieschluß aus der Zeugnispflicht wird entschieden bekämpft. Die Polemik richtet sich namentlich gegen den Analogieschluß aus dem Zeugnisverweigerungsrecht. R.G.St. 19, 366 führt aus, daß im völligen Gegensatz zur Zeugnisablegung bei der körperlichen Untersuchung der Betroffene sich lediglich passiv zu verhalten habe, das Zeugnisverweigerungsrecht aber sei gegeben, um die Angehörigen nicht in eine allzu hohe Ansprüche an ihre Gewissenhaftigkeit stellende Zwangslage zu versetzen. Das Reichsgericht macht sich dabei die Motive zu § 42 (Hahn Mat. 1, 107) zu eigen, nach denen ein naher Angehöriger des Beschuldigten nicht der Versuchung ausgesetzt werden soll, zu Gunsten des letzeren einen Meineid zu leisten. Vergl. ferner R.G.St. 14, 191 und R.G. i. G. Arch. 42, 400. Für den reformierten Strafprozeß lehnte schon Planck 224/25 die Ausdehnung des Zeugnisverweigerungsrechts auf die Augenscheinsduldungspflicht ab, im geltenden Rechte stimmen außer den oben erwähnten alle Schriftsteller im Ergebnis mit dem Reichsgericht überein (s. z.B. v. Schwarze 226, Geyer Lehrb. 556, Puchelt 203, Keller 115, Friedrichs 406, Gr. z. Dohna 113, Herrmann 28). Beling 490 und Möhring 26 erkennen zwar eine Verwandtschaft zwischen der Pflicht als Zeuge und der als Augenscheinsobjekt dem Beweise zu dienen an, kommen aber gleichfalls zu einem ablehnenden Ergebnis, da sie von dem Grundsatze ausgehen: Ausnahmen entziehen sich der Uebertragung durch Analogie

(s. Geyer Lhrb. 207) und als Ausnahmen betrachten sie alle Sätze, die in die persönliche Freiheit eingreifen. Aus dem gleichen Grunde lehnen beide auch den Analogieschluß aus der Editionspflicht ab, desgleichen Delius 1256 gg. Ehrenfreund.

c. Augenscheinsduldungspflicht und allgemeine Grundsätze.

V. Marquardsen (Sten.B. 1895/97 V. Bd. S. 3406) hält den Grundsatz der materiellen Wahrheitserforschung im Strafprozeß für ausreichend um eine Untersuchungsduldungspflicht zu begründen. Spitznagel 29 äußert sich dahin, daß der Richter zur Anwendung der prozessualen Zwangsmittel insoweit ein Recht habe, als dieselbe ein notwendiges Miftel zur Ausübung der Kriminalgerichtsbarkeit sei. Geyer Lhrb. 207 stellt den Satz auf, daß die gesetzliche Anerkennung des Zwecks auch die der notwendigen und nicht verwerflichen Mittel in sich schließe, in Anlehnung an den bereits erwähnten gemeinrechtlichen Satz der L. 2 Dig. II. 1 de jurisd. Auch Glaser II 273 arbeitet mit dem Begriffe der Staatsbürgerpflicht, indem er den Gerichten das Recht einräumt, dasjenige zu tun, was unbedingt nötig sei, damit sie ihres Amtes walten können, und nötigenfalls auch Gewalt anzuwenden, wenn sie dabei auf Widerstand stossen. Andere Autoren suchen die Augenscheinsduldungspflicht zu begründen mit ihrer Wichtigkeit (Ullmann 339/40), ihrer Unentbehrlichkeit für die Erreichung des Untersuchungszweckes, die Feststellung des objektiven Tatbestandes (Thilo 102, Dalcke 74), dem praktischen Bedürfnis (v. Kries 410), dem öffentlichen Interesse (Puchelt 189).

Dagegen bemerkt Frank Z.St.W. 12, 333, daß man auf Grund ganz allgemeiner Erwägungen schliesslich alles rechtfertigen und das Gesetz entbehrlich machen könnte. Ebenso Herrmann 33. Den Grundsatz, den Geyer aufstellt, verweist Möhring 25 in das gemeine Recht als sein alleiniges Geltungsgebiet, die Staatsbürgerpflicht, sagt Beling 487, sei eine allgemeine Floskel, die ihren körperlichen Inhalt erst durch das positive Recht erhalte und was der Staat nach dem heutigen Stande des Rechts für prozessual unentbehrlich hält, das sage er uns durch sein positives Recht. Ebenso Kreß 175.

d. Augenscheinsduldungspflicht und § 103 St.P.O.

Kommen vielleicht, wenn es auch keinen Titel für eine Augenscheinsduldungspflicht geben sollte die Vorschriften der Strafprozeßordnung über Durchsuchung für die Begründung einer Augenscheinsduldungspflicht in Betracht? Gr. z. Dohna

112 wendet die Bestimmungen über die Pflicht zur Duldung einer körperlichen Durchsuchung analog an. Gegen Dohna macht Möhring 39 die Unzulässigkeit von Analogieschlüssen bei regelwidrigen Sätzen geltend, er selbst schließt (S. 37 ff.) von der Durchsuchung auf den Augenschein, den er für den geringeren Eingriff hält, mittels des Schlusses a majore ad minus. Das Reichsgericht ist, wie in einem anderen Zusammenhange bereits hervorgehoben wurde, der Anschauung, daß die St.P.O. in verschiedenen Einzelvorschriften (Beschlagnahme, Durchsuchung) der grundsätzlich unbeschränkten Augenscheinsduldungspflicht Schranken setze (R.G.St. 14, 193, i. „Recht" 02, 514). Der gleichen Ansicht ist Friedrichs Z.Z.P. 19, 395. Ihnen entgegnet Beling 494 und 503, sie vertauschen Regel und Ausnahme, die St.P.O. verfolge das Ziel durch Einzelvorschriften den Organen der Strafrechtspflege Machtmittel zu geben, welche sie ohne die gesetzliche Anordnung nicht haben würden. Ebenso Rosenfeld Lhrb. 186 Anm. 5, b. Crö-schen S. 75 Anm. 1. Nun erblickt aber Beling in den Paragraphen, welche von der Durchsuchung handeln, die Einzelvorschriften, die auch über die Pflicht die Einnahme eines Augenscheins am eigenen Körper zu dulden entscheiden; die übrigen Autoren, welche diese Pflicht unter dem Gesichtspunkte der Durchsuchung betrachten, wurden bereits früher zitiert. Wir sind damit bei der dritten Streitfrage angelangt: sind unverdächtige Personen verpflichtet sich körperlich durchsuchen zu lassen?

2. Verpflichtung eine Durchsuchung des Körpers zu dulden.

Wie wir eben gesehen haben, ist schon die Grundeinstellung gegenüber der Frage, ob unverdächtige Personen sich eine körperliche Durchsuchung gefallen lassen müssen, eine teilweise recht verschiedene. Das Reichsgericht a. a. O. und Friedrichs a.a.O. gehen davon aus, daß alles als erlaubt anzusehen sei, was hier nicht ausdrücklich verboten ist, Beling 499, Herrmann 13 u. 22 und Möhring 43 verlangen im Hinblick auf den verfassungsmäßig gewährleisteten Schutz der Persönlichkeitssphäre einen ausdrücklichen Duldungstitel.

Daß die Durchsuchung verdächtiger Personen statthaft ist, ist in § 102 St.P.O. ausdrücklich ausgesprochen. Für die Durchsuchungsduldungspflicht unverdächtiger Personen wird als Hauptargument geltend gemacht, daß hinsichtlich des Gegenstandes der Durchsuchung zwischen den §§ 102 und 103 kein Unterschied gemacht sei, sondern nur hinsichtlich des Zwecks und der Voraussetzungen; bezüglich des Gegenstands greife der § 103 stillschweigend auf den § 102 zurück; wenn das Gesetz dann bei der Feststellung der Voraussetzungen nur von

Räumen spreche, so liege darin eine Unkorrektheit. So Thilo 102, v. Schwarze 236, Puchelt 224, Löwe 2. Aufl. 320, Dalcke 74, Rupp 269, Stenglein Kom. 237, Glaser II 291, v. Kries 296, Friedrichs 395, Kreß 221, Mayer 15, Delius 1257, R.G.St. 14, 194.

Die Gegner stützen sich auf die Schlußworte des ersten Absatzes des § 103: „ . . . wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden R ä u m e n befinde". So v. Holtzendorff HB. I 324, Geyer Lhrb. 563, John 766 und 815, Voitus II 274, Ullmann 318, Binding 138, Rosenfeld Lhrb 186, b. Göschen S. 75 Anmerkung 1, Bennecke 265, Beling 496, Bennecke-Beling 173, Frank 333, Rosenmeyer 43, v. Lilienthal 1270, Beling i. Holtz. Enzykl. 181, Möhring 40, Hatschek I 459, Löwe-Rosenberg 16. Aufl. 227, Feisenberger 99. Beling a.a.O. gibt zwar zu, daß § 103 in Ansehung des Objekts zunächst von dem in § 102 zu Grunde gelegten Umfang der Durchsuchung ausgehe, stellt aber fest, daß die von ihm weiterhin aufgestellten Voraussetzungen auf jenen sprachlich wie logisch eine erhebliche Rückwirkung ausüben, daß man sich also, ohne die Worte „in den zu durchsuchenden Räumen" zu eliminieren, nicht darauf versteifen könne, daß anfänglich von der Durchsuchung im weitesten Sinne ausgegangen werde. Dagegen meinen Delius 1258 und Stenglein Ger. S. 57, 16, die Ausdrucksweise der St.P.O. sei oft nicht besonders präzis und vertrage eine so genaue Interpretation nicht.

Dalcke 74, Glaser II 291, Friedrichs 396 u. i. „Recht" 01, 383, von Kries 296 und Gr. z. Dohna 114 machen zu Gunsten der Durchsuchung geltend: wäre die Durchsuchung im Falle des § 103 nur auf Räume zu beziehen, so wäre auch die Durchsuchung von Sachen (z. B. Möbeln und Kleidungsstücken) Dritter unzulässig.

Das geben Beling 497/98, Herrmann 23 f. und Möhring 41 auch zu, doch stehen sie auf dem Standpunkte, daß dieser Umstand nicht zu einer gewaltsamen Unterdrückung des Gesetzestextes, wie er nun einmal ist, führen dürfe, während John 817, Geyer Lhrb. 565 und Rosenmeyer 43 die Durchsuchung der in den Räumen befindlichen Sachen zulassen. Keller 115 geht in dieser Richtung sogar so weit, daß er auch die Durchsuchung der Personen von ihrem Aufenthalt in Räumen abhängig macht; gegen diesen Vermittlungsvorschlag Beling 497.
Kreß 221 zieht zur Begründung der Duldungspflicht auch den Absatz 2 des § 103 heran und schließt daraus, daß hier die in Abs. 1 ausgesprochenen Beschränkungen nur für gewisse R ä u m e fallen gelassen werden, daß es in Bezug auf Personen bei den in Abs. 1 ausgesprochenen Beschränkungen verbleibe, das der Abs. 1 also stillschweigend auch die Durchsuchung der Person mit den von ihm aufgestellten Beschrän-

kungen zulasse. Möhring 42 behauptet, der Abs. 2 spreche gerade gegen Kreß, da der Gesetzgeber keinen Grund habe nur die Räume, nicht aber übelbeleumdete Personen selbst von den minimalen Beschränkungen, die einer Durchsuchung in § 103 auferlegt sind, zu befreien, wenn erstere nach Abs. 1 ebenso schon durchsucht werden könnten. Auch Herrmann 17 schließt aus Abs. 2, daß sich der Abs. 1 gleichfalls nur auf Räume beziehen könne. Von Kries 296 führt zum Beweise der untrennbaren Zusammengehörigkeit der drei Durchsuchungsobjekte Personen, Sachen und Räume den § 104 St.P.O. an und sagt: „Wohnung, Geschäftsräume und befriedetes Besitztum sollen bei Nachtzeit nicht durchsucht werden. Dadurch wird doch nicht etwa ausgedrückt, daß die Durchsuchung der Person und ihrer Sachen auch bei Nachtzeit statthaft ist, sondern für letzere gilt dasselbe wie für erstere".

Löwe-Rosenberg 228 macht gegen die Zulässigkeit der Durchsuchung unverdächtiger Personen geltend, daß eine so exorbitante Befugnis wie die Befugnis untergeordneter Polizeiorgane unverdächtige Personen körperlich zu durchsuchen, weder vermutet noch stillschweigend vorausgesetzt werden könne. Ihm hält Delius 1259 entgegen, daß der Staat, der ja auch sonst der Polizei weitgehende Rechte anvertraue, in soweit keinen Unterschied zwischen seinen Beamten mache.

V. Liszt Nat. 339 scheint dem Wörtchen „bei" andern Personen die Bedeutung beizumessen, daß es nicht auf die Durchsuchung der Personen selbst passe. Bennecke-Beling 173 Anm, sehen in dem wiederholten „nur" und „nur dann" in § 103 einen Hinweis auf den Ausschluß der Durchsuchung unverdächtiger Personen im Gegensatz zu § 102. Herrmann 15 ff. mißt dem Wort „nur" hinter Durchsuchung in § 103 sogar sehr große Bedeutung zu, indem er nachzuweisen sucht, daß es sich beschränkend auf das Objekt der Durchsuchung beziehe.

Kreß 221 unternimmt auch hier bei der Durchsuchung die beim Augenschein entwickelte historische Beweisführung und sagt, der reformierte Strafprozeß habe auch den Unverdächtigen der körperlichen Durchsuchung unterworfen, die St.P.O. habe in diesem Punkte nichts ändern wollen und nichts geändert, Möhring 42 hingegen hält es für unzulässig dadurch eine Lücke des Gesetzes auszufüllen.

Dalcke 74 beruft sich zur Begründung der Zulässigkeit einer Durchsuchung unverdächtiger Personen auf das Schweigen der Motive, für das Gegenteil zitieren die Motive v. Holtzendorff 324 Anm. 3, Rintelen (Sten.B. 1895/97 5. Bd. S. 3400) und Herrmann 21, fraglich ob auch Voitus II 275. Gegen Dalcke sowohl wie gegen v. Holtzendorff wendet sich Beling 498/99 mit der Feststellung, daß die Motive gar nichts ergeben, sondern lediglich den Gesetzestext umschreiben. Die Streitfrage

sei überhaupt nicht berührt worden, bemerkt Möhring 42. Vergl. Hahn Mat. 1 126 u. 641, 2 1249, 1792 u. 2056. Stenglein Ger.S. 57, 17 aber hält gerade den Umstand, daß eine so wesentliche Unterscheidung zwischen § 102 und § 103 bei den Verhandlungen in keiner Weise hervorgetreten sei, für entscheidend für seine die Zulässigkeit der Durchsuchung bejahende Ansicht, während John 815 umgekehrt darin einen nicht geringen Beweis sieht, daß innerhalb der Reichsjustizkommission keine Seele an die Möglichkeit dieser Interpretation gedacht hat. Friedrichs 395 macht darauf aufmerksam, daß der Ausdruck „Räume" der ältesten Fassung des § 102 (erster Entw.) entspreche und bei der Herstellung des heutigen Wortlauts (zweiter Entw. s. John 810, Puchelt 821) nicht mit geändert worden sei. Der gesetzgeberische Grund, sagt Hasemann 26, sei bei beiden Paragraphen derselbe und man habe bei Formulierung des § 103 an eine bewußte Abweichung von § 102 offenbar nicht gedacht. S. auch Birkmeyer 505.

Was jedoch auch immer der Wille des Gesetzgebers gewesen sein mag, Beling 498 und Möhring 43 versagen ihm stets die Möglichkeit der Heranziehung zur Interpretation, wenn dieser Wille durch den inkorrekten Ausdruck nicht ersichtlich mit ausgedrückt ist, was sie im vorliegenden Falle verneinen.

Herrmann 14 u. 20 lehnt die Untersuchungsduldungspflicht unverdächtiger Personen, die er wie erwähnt unter den Begriff der Durchsuchungsduldungspflicht bringt, ab, da die Durchsuchung behufs der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung nicht die Auffindung von Körpermerkmalen, sondern die Ermittlung des Aufenthalts des Täters bezwecke und unter die der Beschlagnahme unterliegenden Gegenstände der menschliche Körper nicht zu rechnen sei, sodaß nach seiner Ansicht schon rein begrifflich nur die Frage zu prüfen ist, ob der § 103 die Durchsuchung nach Gegenständen der Beschlagnahme zuläßt.

C. Eigene Stellungnahme.

I. Die Arten der Besichtigung des menschlichen Körpers im Strafverfahren.

Die Besichtigung des menschlichen Körpers im Strafverfahren ist nach Zweck und Art zunächst rein sprachlich in verschiedene Begriffe einzuordnen, je nachdem am Körper des Menschen ein Sachgegenstand gesucht wird, der in Augenschein genommen oder eingezogen werden soll, oder eine bestimmte Stelle des menschlichen Körpers selbst oder deren

Beschaffenheit gesucht wird, um sie in Augenschein zu nehmen, oder der menschliche Körper in Augenschein genommen wird, ohne daß dazu ein Suchen erforderlich ist. Im ersten Falle wird der menschliche Körper besichtigt, indem er nach einem Fremdkörper durchsucht wird, im zweiten Falle wird er wird, ohne daß dazu ein Suchen erforderlich ist. Im ersten Falle handelt es sich um eine bloße Augenscheinseinnahme.

Körperliche Durchsuchung ist eine Tätigkeit, durch welche am oder im menschlichen Körper fremde Gegenstände gefunden werden sollen, die ohne diese Tätigkeit verborgen blieben, sei es nun, weil der Körper bedeckt ist oder weil die Substanz selbst den Gegenstand verbirgt oder indem beides zugleich der Fall ist. Körperliche Untersuchung ist ein Akt, der zusammengesetzt ist aus der Augenscheinseinnahme an der physischen Beschaffenheit des menschlichen Körpers oder eines Teiles desselben und der Tätigkeit, durch welche diese physische Beschaffenheit ermittelt werden soll und ohne welche die letzere verborgen bliebe, sei es weil der Körper bedeckt ist, oder weil die Substanz selbst die gesuchten Merkmale verbirgt oder indem beides zugleich der Fall ist. Augenscheinseinnahme am menschlichen Körper ist die sinnliche Wahrnehmung der physischen Beschaffenheit des menschlichen Körpers, durch welche die zu erweisende Tatsache unmittelbar festgestellt wird. Die hier gegebene Begriffsbestimmung ist die natürliche, dem Wortsinne entsprechende, die das Charakteristische der Augenscheinseinnahme wiedergibt, nämlich den Selbstzweckcharakter der Wahrnehmung im Gegensatz zu den nur gelegentlich z. B. gelegentlich der Durchsuchung gemachten Wahrnehmungen, während die St.P.O. einen technischen beschränkten Begriff aufstellt, indem sie die Augenscheinseinnahme nur als richterliche Handlung kennt. Wir müssen hier das Wort Augenscheinseinnahme im natürlichen Sinne gebrauchen, da es kein anderes Wort gibt, das den für die Abgrenzung gegenüber der Durchsuchung bedeutungsvollen Selbstzweckcharakter der Wahrnehmung zum Ausdruck bringt; im anderen Falle soll von richterlicher Augenscheinseinnahme die Rede sein.

Die Begriffsbestimmungen für körperliche Durchsuchung und -Untersuchung sind in sofern nicht ganz genau als man streng genommen von körperlicher Durchsuchung bezw. -Untersuchung nur sprechen kann, wenn die Körpersubstanz selbst den Sachgegenstand bezw. die körperlichen Merkmale verdeckt — z. B. der gestohlene Ring wird im After verborgen gehalten, die Verletzung der angeblich geschlechtlich mißbrauchten Person muß mit Hilfe eines Instrumentes ermittelt werden —, wenn es also ungewiß ist, ob der Gegenstand bzw. die Merkmale sich am Körper befinden oder wo sie sich am

Körper befinden, sodaß aus den Begriffen die Fälle auszuscheiden wären, in denen der Körper zwar entblößt werden muß, ein Suchen am Körper selbst aber nicht erforderlich ist. Für uns gilt es jedoch, das juristisch Wesentliche der beiden Begriffe zu erkennen und das ist das Ermitteln von etwas am Körper Befindlichem, das verborgen ist, und der Eingriff in die persönliche Freiheit, der in dieser seitens des Suchenden entwickelten Aktivität liegt. Dieses Charakteristikum trifft aber durchaus auch auf die Fälle zu, in denen der Körper entblößt werden muß, um zu dem nach Vorhandensein und Lage bekannten oder zwar nicht bekannten, aber nach der Entblößung offen in Erscheinung tretenden Objekte der Besichtigung zu gelangen. Niemals aber kann man, wie das Beling 472 tut, die einfache Augenscheinseinnahme, das bloße Wahrnehmen z. B. einer Narbe im Gesicht vom Untersuchungsbegriffe mit umfaßt sein lassen, denn das, was wir als charakteristisch für die Untersuchung eben gewonnen haben, trifft hier gerade nicht zu, also gerade das Moment nicht, das Beling dazu führt die Untersuchung unter dem Gesichtspunkt der Durchsuchung zu betrachten.

Die Begriffe Durchsuchung und Untersuchung trennt der Zweck und verbindet die Art des Geschehens, die Begriffe Untersuchung und Augenscheinseinnahme trennt die Art des Geschehens und verbindet der Zweck.

Die Begriffe Durchsuchung und Untersuchung trennt der Zweck. Das dürfte, wenn wir zunächst von dem Durchsuchungsbegriffe der St.P.O. absehen und lediglich nach der natürlichen Wortbedeutung und dem Sprachgebrauch urteilen, ohne weiteres einleuchtend sein. Bei der körperlichen Durchsuchung wird am menschlichen Körper nach einem Fremdkörper gesucht, bei der körperlichen Untersuchung ist die Substanz dieses Körpers selbst das Ziel des Suchens. Damit hängt der weitere Unterschied zusammen, daß die Durchsuchung als solche nie zugleich Beweisaufnahme ist, die Untersuchung aber die Beweisaufnahme in sich schließt.

Auch die St.P.O. stellt keinen anderen Durchsuchungsbegriff auf, insbesondere umfaßt die Durchsuchung, von der sie spricht, nicht zugleich die Untersuchung. § 102 St.P.O. endet mit den Worten: „ . . . wenn zu vermuten ist, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde". Die Beweismittel, die § 102 hier im Auge hat, sind, wie ein Blick einerseits auf die mit der Durchsuchung im engsten Zusammenhang stehenden, unmittelbar vorhergehenden §§ der Beschlagnahme, namentlich den § 94, andererseits auf die entsprechenden Worte des § 103 „behufs Beschlagnahme bestimmter Gegenstände" zeigt, beschlagnahmbare Gegenstände gleich den Einziehungsstücken. Die Wunde, die Narbe etc. am Körper einer Person ist überhaupt nicht als Beweismittel

zu bezeichnen. Beweismittel ist vielmehr die mit der Wunde etc. behaftete Person, wie auch nicht der Blutfleck auf einem Kleidungsstück, sondern das Kleidungsstück Beweismittel ist. Daß aber die Person selbst unter die Beweismittel zu rechnen sei, deren Auffindung der § 102 bezweckt, wird niemand behaupten. § 102 paßt also nicht auf die Fälle der körperlichen Untersuchung. § 103 spricht von der Durchsuchung „behufs der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung oder behufs der Beschlagnahme bestimmter Gegenstände". Beschlagnahmbare Gegenstände sind nach § 94 Gegenstände, welche als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können oder der Einziehung unterliegen. Daß der Mensch kein beschlagnahmbarer Gegenstand ist, steht außer allem Zweifel. Die Spuren einer strafbaren Handlung aber werden verfolgt um den Täter zu entdecken, die Spuren sollen zu dem bisher unbekannten Täter führen. Das ist der einzige Fall, in dem die Durchsuchung den Zweck hat die Spuren einer strafbaren Handlung zu verfolgen; so mit Recht Mayer 13, Herrmann 20. Man beachte nur das Wort „Verfolgung"! Hat man ermittelt, wer der Täter ist, so, kann nunmehr eine Durchsuchung sattfinden „behufs der Ergreifung des Beschuldigten". Wie aber wollte man den Fall der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung um den Täter zu entdecken im Durchsuchungsrecht unterbringen, wenn man die fraglichen Worte des § 103 für die Untersuchung zwecks Beweisaufnahme heranzieht, denn das ist doch gewiß, daß die eine Auslegung die andere ausschließt? Auch die Entwürfe bestätigen unsere Ansicht, denn sie sprechen bei der Durchsuchung von der Verfolgung bestimmter Spuren einer strafbaren Handlung, obwohl sie die körperliche Untersuchung von der Durchsuchung völlig ausscheiden. Die gegnerische Auslegung begegnet aber noch weiteren Schwierigkeiten, die wohl Beachtung verdienen. Ein wichtiger Fall der körperlichen Untersuchung, um nicht zu sagen der wichtigste ist der, daß die Verteidigung das Fehlen der Spur einer strafbaren Handlung zum Nachweise der Nichtschuld des Beschuldigten festgestellt wissen will. Nun sagte sehr richtig der Abgeordnete Stadthagen in der Reichtagsverhandlung vom 23. XI. 1896 (Sten.B. 1895/97 5. Bd. S. 3407), daß für die Verteidigung diese Möglichkeit nicht bestehe, da sie sich nicht darauf berufen könne, daß sie die Spuren einer strafbaren Handlung verfolgen wolle, denn sie bestreite ja gerade, daß solche Spuren vorhanden seien, und auch das Reichsgericht E. 14, 195 muß zugeben, daß die §§ 102, 103 St.P.O. in erster Linie nur die Beschaffung von Ueberführungsstücken im Auge haben. Endlich ist darauf hinzuweisen, daß, wenn der § 103 auch die körperliche Untersuchung hätte mit umfassen wollen, er auch das Beweiselement derselben hätte berücksichtigen müssen, was aber eben gerade

dazu geführt hätte die Untersuchung aus der Durchsuchung, die diese Elements entbehrt, herauszulösen. So aber sind nur kriminalpolizeiliche Vorschriften gegeben, die für die Durchsuchung, die hauptsächlich in das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren gehört, verständlich sind, nicht aber für die körperliche Untersuchung, die ihren Platz in erster Linie im richterlichen Beweisverfahren hat. Wie will man die sachverständige Untersuchung durch Aerzte, den Hauptfall der Untersuchung, auf das Durchsuchungsrecht stützen, da der Sachverständige vom Richter zwar mit der Einnahme eines Augenscheins beauftragt werden kann, nicht aber mit der Durchsuchung, mit letzterer hinwiederum Polizei- und Sicherheitsbeamte, Gerichtsdiener und Gerichtsvollzieher betraut werden können? Endlich, wenn für die Durchsuchung der Person vom Gesetz keine größeren Kautelen geschaffen sind als für die Durchsuchung von Räumen und Sachen, so macht sich hier zwar bereits die Vernachlässigung unseres Problems bemerkbar, ist aber doch immerhin begreiflich, da bei der Durchsuchung meist rasches Zugreifen der Polizei erforderlich ist und die Durchsuchung unverdächtiger Personen überdies — falls sie überhaupt zulässig ist, was wir noch zu prüfen haben — praktisch ein seltener Fall ist. Die körperliche Untersuchung aber hätte der Gesetzgeber, wenn er ihrer bei der Durchsuchung gedacht hätte, niemals auf die gleiche Stufe mit der Durchsuchung von Sachen und Räumen gestellt.

Den Begriffen Durchsuchung und Untersuchung stets gemeinsam ist die Art des Vorgehens, das recherchierende Moment, in beiden Fällen wird der zu besichtigenden Person gegenüber eine aggressive Tätigkeit entfaltet. Diese Tätigkeit kann der Besichtigung, welche Selbstzweck ist, das ist der Augenscheinseinnahme vorbereitend vorangehen wie stets die Durchsuchung, sie kann unterstützend neben ihr herlaufen oder mit ihr in einem Akte zusammenfallen wie oft die Untersuchung. Der zuletzt erwähnte Fall ist dann gegeben, wenn das bloße Besichtigen zugleich Suchenszweck hat und Augenscheineinnahme ist. Es handelt sich dann freilich um einen Grenzfall zwischen Untersuchung und reiner Augenscheinseinnahme, der uns jedoch darin nicht beirren kann zwischen Untersuchung und bloßer Augenscheinseinnahme scharf zu unterscheiden, indem wir aus der Untersuchung das aggressive Moment, das in der Regel in einer handgreiflichen Tätigkeit gegenüber der zu besichtigenden Person besteht und infolge dessen einen starken Eingriff in die persönliche Freiheit bedeutet, herausholen und dadurch die Untersuchung der dieses Moments entbehrenden bloßen Augenscheinseinnahme, welche fast ausschließlich im Beweisrecht fußt und von ihrem Objekt

lediglich verlangt, daß es nicht seinerseits eine störende Tätigkeit vornimmt, gegenüberstellen.

Diese Unterscheidung hat nicht nur theoretischen Wert, sondern sie ist auch im Sinne unserer Strafprozeßordnung. Die St.P.O. regelt diejenigen behördlichen Handlungen, die einen aktiven Vorstoß des Staates gegen die Persönlichkeitssphäre des einzelnen bedeuten und die notwendig sind um den Beweisakt, der als solcher mit diesem Eingriff nichts zu tun hat, zu ermöglichen, durch besondere Vorschriften. So haben wir die Vorschriften über die Beschlagnahme, welche die Persönlichkeit nur wenig berührt, die Vorschriften über die Durchsuchung, die stärker in die Persönlichkeitssphäre des einzelnen eingreift, am stärksten bei der Durchsuchung der Person, und in der Fortsetzung dieser Linie müßten wir Vorschriften über die die Persönlichkeit am intimsten treffende körperliche Untersuchung antreffen, welche mit dem der Durchsuchung verwandten Teil ihres Wesens gleich dieser eine Unterstützungshandlung für den Beweisakt, die Augenscheinseinnahme, ist, mit letzterer jedoch unter Umständen zeitlich so nahe zusammenrückt, daß der ganze Begriff auch das Beweismoment in sich schließt und somit zugleich dem Beweisrecht angehört.

Das Wesentliche ist, daß die Untersuchung aus zwei Elementen zusammengesetzt ist, denen jeder i n n e r e Zusammenhang mangelt, zwei Elementen, die eben wegen dieses verschiedenen inneren Charakters von unserer St.P.O. gesondert behandelt zu werden pflegen, das eine Element im Beweisrecht, das andere in den Vorschriften über Durchsuchung etc.; wird doch auch die Durchsuchung von der St.P.O. nicht als etwas angesehen, was sich mit der Augenscheinseinnahme von selbst versteht, sondern wegen des von der Augenscheinseinnahme ganz verschiedenen inneren Charakters besonders geregelt, derart geregelt, daß alle sie betreffenden Fragen, insbesondere die Frage der Duldungspflicht sich lediglich aus den für sie gegebenen besonderen Vorschriften beantworten lassen und nicht etwa die Vorschriften über Durchsuchung wie R.G.St. 14, 194 und Friedrichs 395 meinen, nur als Einschränkung des grundsätzlich unbeschränkt vorhandenen Augenscheinsrechts anzusehen sind. Im Sinne dieser St.P.O. liegt es, auch die Untersuchung um des aggressiven Momentes willen, das sie mit der Durchsuchung gemeinsam hat und das in der Entfaltung gleichartiger Tätigkeit in beiden Fällen zum Ausdruck kommt, besonders zu regeln und nicht in der Regelung der Augenscheinseinnahme mit inbegriffen sein zu lassen. Sehr richtig sagt Glaser II 287, es ergebe sich aus der geschichtlichen Entwicklung, daß das Bedürfnis erkannt ward empfindlichen Privatinteressen in den Bestimmungen über Durchsuchung einen gewissen Schutz zu gewähren nicht we-

gen des Zweckes, sondern wegen der Art des Vorgehens. Nun hat aber das Gesetz die Art dieses Vorgehens nicht erschöpfend geregelt, sondern nur einen bestimmten Zweck, die Durchsuchung, während ihm das feinere begriffliche Unterscheidungen voraussetzende Untersuchungsproblem noch nicht in seiner ganzen Eigenart vor Augen stand; es liegt aber in der Richtung des Gesetzes die Untersuchung, wie wir es heute fordern müssen, als selbständiges Institut neben Durchsuchung und reinen Beweisakt (Augenscheinseinnahme) zu stellen, da sie einerseits einen der Durchsuchung verwandten Eingriff in die persönliche Freiheit bedeutet, andererseits mit dem Beweisakt Augenscheinseinnahme in engste äußere Verbindung tritt, sodaß sich beide Elemente in ihr zu einem Begriff vereinigen. Die körperliche Untersuchung ist also ein selbständiger Begriff, der nach der aus der St.P.O. zu entnehmenden ratio ein selbständiges Rechtsinstitut erfordert, als solches jedoch von ihr 1877 noch nicht geregelt werden konnte, da er in seiner Eigenart damals noch nicht erkannt war.

II. Die Zulässigkeit der körperlichen Besichtigung unverdächtiger Personen.

1. Durchsuchung.

Im § 102 St.P.O. werden die Gegenstände der Durchsuchung ausdrücklich bezeichnet, es sind Räume, Personen und Sachen. Der § 103 spricht sich über den Gegenstand der Durchsuchung nicht mehr aus, sondern verweist in dieser Hinsicht stillschweigend auf den § 102. Er will lediglich über den Zweck und die Voraussetzungen etwas sagen, weil der Gesetzgeber es für nötig gefunden hat, in dieser Beziehung und nur in dieser Beziehung eine Abweichung zu treffen. Das „nur" und „nur dann" haben nicht die Bedeutung, die ihnen Bennecke-Beling 173 Anm. und Herrmann 15 ff. beimessen, sondern legen Zeugnis ab von der engen Anlehnung des § 103 an den § 102, dem gegenüber sie Beschränkungen bezüglich des Zweckes und der Voraussetzungen einleiten, aber Beschränkungen eben nur bezüglich des Zweckes und der Voraussetzungen. Das sprechen klar und deutlich auch die Motive des Entwurfs aus (Sten. B. 1874/75 3. Anl. Bd. Aktenst. Nr. 5), indem sie sagen: „Der übrige Teil des siebenten Abschnitts bezieht sich auf die Durchsuchung. Dieses Mittel, um die Beschlagnahme von Sachen, die Feststellung einer Spur oder die Ergreifung des Verdächtigen herbeizuführen, kann sich auf Räume aller Art, auf Sachen und auf Personen erstrecken. Die §§ 93, 94 (Voraussetzungen der Zulässigkeit der Durch-

suchung) enthalten die Vorschriften über die Bedingungen einer Durchsuchung . . ." Ob die bezüglich Zweck und Voraussetzungen getroffenen Beschränkungen von großer praktischer Bedeutung sind, ist eine andere Frage.

Zweifellos fordert Art. 114 d. R.-V. für die Zulässigkeit der körperlichen Durchsuchung wie auch für die körperliche Untersuchung und die Augenscheinseinnahme am menschlichen Körper einen gesetzlichen Titel, das hindert uns aber nicht, den § 103 im Zusammenhalt mit dem § 102, an den er sich im Satzbau eng anschließt, zu betrachten und auszulegen, ohne daß wir den von Beling 494 und 503 treffend gerügten Fehler des Reichsgerichts E. 14, 192 und Friedrichs 395 Regel und Ausnahme zu vertauschen begehen. Auch bezüglich körperlicher Untersuchung und Augenscheinseinnahme sei gleich an dieser Stelle festgestellt, daß der Art. 114 R.V. die Einheit der Strafprozeßordnung keineswegs durchbricht, sondern richtiger Gesetzesinterpretation freien Spielraum innerhalb derselben läßt. Argumente wie „Unentbehrlichkeit", „öffentliches Interesse", „materielle Wahrheitserforschung" werden als Abstraktionen mit Recht abgelehnt.

Wenn man erst von den Voraussetzungen, die § 103 für die Durchsuchung unverdächtiger Personen aufstellt und in denen nur von Räumen die Rede ist, auf den Gegenstand schließen und das über diesen bereits gewonnene Urteil aus „sprachlichen und logischen" Gründen (Beling 496) korrigieren muß, so ist das eine Buchstabeninterpretation, der man das Interesse der Rechtspflege opfert. Die Gesetzesbestimmung, die den zwischen Verdächtigen und Unverdächtigen hinsichtlich Zweck und Voraussetzungen der Durchsuchung gemachten Unterschied, der praktisch unbedeutend ist, in so auffallender Weise in ihren Mittelpunkt schiebt, sollte den zwischen den Genannten hinsichtlich des Gegenstandes der Durchsuchung gemachten Unterschied, welcher von weittragender Bedeutung ist, nur indirekt, nur mit Hilfe eines logischen Rückschlusses zum Ausdruck bringen? Ist denn die Durchsuchung unverdächtiger Personen gegenüber derjenigen verdächtiger Personen so außerordentlich viel schwerer zu rechtfertigen, daß man sagen könnte, sie müßte auf stärkere Füße gestellt werden, als dies hier geschieht? Eine Frauensperson, die gestohlen haben soll und nach dem angeblich gestohlenen Gut körperlich durchsucht wird, kann doch in ihrem Schamgefühl ebenso verletzt werden als eine unverdächtige Person; nun aber denke man erst eine zu Unrecht verdächtigte Person! Die Reformkommission (Prot. II 439) und Mayer 62 treten überhaupt für gleiche Behandlung verdächtiger und unverdächtiger Personen ein.

Es bleibt nun natürlich bei dem von uns eingenommenen Standpunkt eine Unkorrektheit in den Schlußworten des § 103,

welche nur auf den wichtigsten Fall der Durchsuchung bei unverdächtigen Personen, die Haussuchung, zugeschnitten sind. Ist das etwas Unmögliches? Diese Unkorrektheit ist nicht die erste und einzige im Prozeßrecht, gleich im Durchsuchungsrecht finden sich noch zwei weitere, die auf der Hand liegen. § 103 spricht von der Durchsuchung behufs der Beschlagnahme bestimmter Gegenstände, § 102 spricht nur von Beweismitteln. Gegenstand der Beschlagnahme sind nach dem klaren Wortlaut des § 94 sachliche Beweismittel und Einziehungsstücke. Nun ist gewiß, daß das Gesetz nicht den Verdächtigen mehr schützen will als den Unverdächtigen, es ist jedoch ein vergebliches Bemühen von Voitus II 269 darzutun, daß unter den Beweismitteln auch Einziehungsgegenstände zu verstehen seien. Abzulehnen ist es aber auch, wenn v. Kries 295 von der Fassung des § 102 ausgehend in der Erwägung, daß § 103 die Voraussetzungen der Beschlagnahme enger ziehen wolle, und das, was § 102 fordere, voraussetze, auch bei Unverdächtigen nur die Durchsuchung behufs Beschlagnahme von Beweismitteln gestattet. Es ist doch kein vernünftiger Grund vorhanden, die Durchsuchung nach Einziehungsobjekten zu eliminieren, wir gehen daher von dem Wortlaut des § 103 aus und stellen im § 102 eine Unkorrektheit fest, über die wir um der ratio legis willen hinweg gehen. Ferner liegen die gleichen Verhältnisse wie bei der Durchsuchung unverdächtiger Personen bei der Durchsuchung von deren Sachen vor. Noch weniger wie bei der Durchsuchung der Person kann es hier zweifelhaft sein, daß der § 103 den Gegenstand der Durchsuchung nicht auf Räume beschränken wollte. Eine willkürliche Konstruktion aber ist es, die in Räumen befindlichen Sachen (so John 817, Geyer Lhrb. 565, Rosenmeyer 43) oder gar die in Räumen befindlichen Personen (so Keller 115) durchsuchen zu lassen, da doch das Gesetz, wie § 102 zeigt, deutlich zwischen Personen, Räumen und Sachen unterscheidet und namentlich die Person nicht als Pertinenz eines Raumes bezeichnet werden kann. Wie in den eben erwähnten beiden Fällen stellen wir also auch bezüglich der Durchsuchung der Person eine Unkorrektheit der Ausdrucksweise im § 103 fest, die ratio legis ist hinreichend klar und man sollte nicht den „Respekt vor einer ungeschickten Gesetzesredaktion“ (Gr. z. Dohna 115) soweit treiben, die sprachliche Logik gegen die ratio legis auszuspielen; wer das aber doch tut, der darf dann auch nicht im § 102 die Durchsuchung nach Einziehungsgegenständen zulassen, wie das John 765 N. 11, Bennecke-Beling 172 Anm. 2 und Löwe-Rosenberg 257 tun.

Die ratio legis kommt im Gesetz selbst zum Ausdruck, die Entstehungsgeschichte des § 103 ergibt lediglich, daß man sich der Frage nicht allenthalben voll bewußt geworden ist. Zwar ist der Behauptung Johns 815, daß innerhalb der R.J.K. keine

Seele an die Möglichkeit unserer Interpretation gedacht habe, entgegenzuhalten, daß v. Schwarze, Mitglied und Referent dieser Kommission, in seinem schon 1878 erschienenen Kommentar zu § 103 wie selbstverständlich bemerkte: „Der Begriff und der Umfang der Durchsuchung ist in § 102 aufgestellt", und daß v. Marquardsen, der ebenfalls Mitglied der R.J.K. war, in der Reichstagssitzung vom 23. XI. 96 (Sten. B. 1895/97 Bd. V S. 3402) erklärte, die Stellung, die v. Schwarze einnehme, hätten auch er und die anderen Mitglieder der Kommission bei der Beratung der Strafprozeßordnung gehabt, doch kann die Aeußerung v. Marquardsens nicht ganz überzeugen — die Protokolle ergeben hierüber nichts — und vollends dafür fehlt jeder Anhaltspunkt, daß auch Reichstag und Bundesrat sich der Bedeutung des § 103 ganz bewußt waren. Daß der Wortlaut des § 103, der, ob man nun für die eine oder die andere Auslegung eintreten mag, immer mangelhaft ist, von keiner Seite angefochten wurde, spricht dagegen.

Die historische Entwicklung unseres Strafprozeßrechtes, die Kreß 221 zur Begründung der von uns vertretenen Ansicht heranzieht, macht uns vieles erklärlich, kann jedoch unter den veränderten Verhältnissen, aus denen unser modernes Recht herauswuchs, einen Ausdruck des gesetzgeberischen Willens nicht ersetzen. Einen solchen finden wir aber — trotz des Schlußpassus — in den Anfangsworten, dem ganzen Satzbau des § 103, seinem Zusammenhange mit § 102.

Der Absatz 2 des § 103 oder gar der § 104 können für unsere Ansicht nicht ins Feld geführt werden, wie dies Kreß 221 bezw. v. Kries 296 tun, es ist vielmehr Möhring 42 so viel zuzugeben, daß auch der Abs. 2 des § 103 eine Unkorrektheit aufweist. Wenn aber Löwe-Rosenberg 228 gegen unsere Ansicht geltend macht, daß eine so exorbitante Befugnis wie die Befugnis untergeordneter Polizeiorgane, unverdächtige Personen körperlich zu durchsuchen, weder vermutet noch stillschweigend vorausgesetzt werden könne, so ist darauf zu antworten, daß bei der Durchsuchung (nicht der Untersuchung, die ja auch L.-Rosenberg von der Durchsuchung trennt) rasches polizeiliches Eingreifen oft nötig ist — ohne daß wir damit den geltenden Rechtszustand, was die Durchsuchung des Körpers anlangt, rechtfertigen wollen, wir wollen ihn nur erklären — und daß ja den untergeordneten Polizeiorganen vom Gesetzgeber die ebenfalls weitgehende Befugnis eingeräumt ist verdächtige Personen, insbesondere auch verdächtige, vielleicht sogar zu Unrecht verdächtigte Frauen ohne weiteres zu durchsuchen.

Wir sind zu dem Schlusse gekommen, daß die Durchsuchung unverdächtiger Personen nach § 103 St.P.O. zulässig ist. Erfährt dieses Recht des Staates auch keine Schranke an dem den Angehörigen des Beschuldigten nach § 52 und

§ 95 Abs. 2 St.P.O. zustehenden Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht oder sind die angeführten Bestimmungen auf die körperliche Durchsuchung analog anzuwenden? Der Satz Geyers Lhrb. 207, daß die von den Prinzipien abweichenden (inkonsequenten) Rechtssätze nicht selbst zur Ziehung von Konsequenzen im Wege der Analogie benützt werden dürfen, kann in dieser Allgemeinheit nicht gebilligt werden. Es kann auch in Ausnahmen — als Ausnahmen stellen sich nach den modernen Rechtsgrundsätzen insbesondere auch alle Normen dar, welche von dem einzelnen Staatsbürger ein Tun oder ein Lassen fordern! — ein Prinzip liegen und dieses per analogiam auf gleichgelagerte Fälle übertragen werden. Die Frage ist also, ob der Grund des Zeugnis- und Editionsverweigerungsrechts auch auf den Fall der Durchsuchung zutrifft.

Die Anschauung der Motive zu § 42 und der R.G.St. 19, 364, der Grund des Zeugnisverweigerungsrechts sei darin zu suchen, daß die Angehörigen nicht in die Zwangslage versetzt werden sollen, entweder den Beschuldigten zu verraten oder einen Meineid zu schwören, ist zu eng, denn der angeführte Grund versagt gegenüber der Frage, warum das Gesetz die zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen auch von der Editionspflicht befreit hat. Als gemeinsamer Grund für beide Fälle läßt sich der feststellen, daß der Staat aus Rücksicht auf den Familiensinn auf die aktive Mitwirkung naher Angehöriger verzichtet (s. auch Glaser I 499). Bei der Zeugnisablegung sowohl wie bei der Herausgabe von Gegenständen der Beschlagnahme verlangt der Staat eine solche aktive Mitwirkung; bei der Beschlagnahme hingegen ist der Betroffene nur passiv beteiligt und zwar in einer ganz unpersönlichen Weise (§ 97 St.P.O. liegt in einer anderen Richtung), ähnlich auch noch bei der Durchsuchung seiner Räume und Sachen, während bei der Durchsuchung des Körpers seine eigene Persönlichkeit zum Ueberführungsbeweis herangezogen wird, doch ist auch hier das unmittelbare Beweismittel nicht die Person, sondern ein Sachgegenstand, geschweige denn, daß die Person eine Tätigkeit entfalten müßte. Der Fall der Durchsuchung des Körpers eines Angehörigen ist also demjenigen der Zeugnis- oder Editionspflicht einer solchen Person nahe verwandt, jedoch nicht gleichgelagert. Ginge man einfach von dem Grundsatze aus, daß das Gesetz die nahen Angehörigen schonen wolle, wo wollte man die Grenze der Schonung ziehen? Es müßte nach diesem Grundsatz die Durchsuchung von Räumen und Sachen sowie die Beschlagnahme bei den Angehörigen per analogiam verboten werden. Der Analogieschluß ist also abzulehnen und wir stellen fest, daß die Zulässigkeit der Durchsuchung des Körpers unverdächtiger Personen keine Durchbrechung durch das Recht zur Zeugnis- und Editionsverweigerung erfährt.

Es bleibt noch die Frage nach dem zulässigen Maße einer Durchsuchung des Körpers zu beantworten. Das Gesetz spricht sich hierüber — auch bezüglich des Verdächtigen — nicht aus. Alein aus dem Umstande, daß es die Durchsuchung zuläßt, kann nicht geschlossen werden, daß Schranken für die Intensität einer Durchsuchung nicht bestehen, vielmehr muß angesichts der in Art. 114 R.V. zum Ausdruck gekommenen modernen Rechtsauffassung aus dem Schweigen des Gesetzes gefolgert werden, daß nur das „bloße einfache Durchsuchen" (Beling 494, s. a. Bew.Verb. 11 und 12) gestattet ist. Ebenso Müller Bay. Z. 1, 450. Weder Zufügung von Schmerz noch Verletzung der Körperintegrität noch Aufhebung der Willensfreiheit ist gesetzlich gerechtfertigt. Verboten ist also insbesondere z.B. ein operativer Schnitt, die Beibringung eines Vomitivs, die Einflössung von Medikamenten, die Ansetzung einer Magenpumpe, die Hypnose. Das Abnehmen von Haupt- und Barthaar ist für die Zwecke der Durchsuchung entbehrlich. Kreß 224 gestattet solche Eingriffe, die nach den Regeln eines Naturgesetzes in jedem Falle binnen bestimmter voraus bekannter Frist eindruckslos verschwindende Spuren zurücklassen; am weitesten geht Rosenfeld Lhrb. 186 Text u. Anm. 6, er läßt jede ohne erhebliche insbesondere dauernde Schädigung mögliche Durchsuchung z.B. auch eine Operation zu.

Wer zur Anordnung einer körperlichen Durchsuchung befugt ist, besagt der § 105 St.P.O. Gegen die richterliche Anordnung ist Beschwerde nach Maßgabe der §§ 304 ff. St.P.O. möglich. Mit der Ausführung können auch solche Polizei- und Sicherheitsbeamte betraut werden, welche nicht Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind. Die St.P.O. hat in keiner Weise der körperlichen Durchsuchung — sei es verdächtiger oder unverdächtiger Personen — eine Sonderregelung angedeihen lassen, man hatte eben nur das Bild der Haussuchung lebendig vor Augen, sind doch auch die Worte „seiner Person" in § 102 erst durch den zweiten Entwurf eingeschoben worden. Immerhin gehört es zu den Dienstpflichten der in Frage stehenden Beamten bei ihren Maßnahmen von dem Streben nach möglichster Schonung sich leiten zu lassen (s. R.G.St. 14, 192). Zum Editionszwang steht die Durchsuchung nicht in dem Verhältnis, daß sie nur zulässig ist, wenn ersterer nicht zum Ziele geführt hat oder nicht angewendet werden kann, wie Glaser II 287 meint, das Gesetz läßt vielmehr dem Richter zwischen beiden Zwangsmitteln die Wahl und praktisch wird dieser den direkten Zwang bevorzugen.

2. Untersuchung und Augenscheinseinnahme.

Die Untersuchung des Körpers ist, wie wir festgestellt haben, ein selbständiger Begriff, der im Sinne unserer St.P.O.

einer selbständigen Regelung bedarf; diese Regelung hat jedoch die St.P.O. seiner Zeit nicht getroffen, weil sie das ganze Problem nicht kannte; die St.P.O. enthält aber Bestimmungen über Augenschein und Durchsuchung und Augenscheins- und Durchsuchungselemente sind auch in der körperlichen Untersuchung vorhanden. Daraus erwächst uns die Aufgabe mit gegebenen Mitteln Verwandtes zusammenzufügen und Neues, Eigenartiges aus dem Geiste des Bestehenden aufzubauen. Richtschnur und Schranke ist das geltende Recht, innerhalb dieser Schranken aber das bestehende Recht weiter zu entwickeln, wo solche Weiterentwicklung möglich, ja nach der Struktur des geltenden Rechts geradezu erfordert ist, muß unbedenklich gestattet werden.

Man kann nicht sagen, daß die körperliche Untersuchung von vornherein unstatthaft sei, weil sie im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sei. Das Gesetz konnte die körperliche Untersuchung nicht regeln, also auch nicht ablehnen, da es das ganze Problem nicht kannte, aber auch nicht Analogie- und ähnliche Schlüsse können der selbständigen Eigenart des neuen Problems gerecht werden, sondern nur die lebendige Fortentwicklung des Gesetzes aus dem Geiste heraus, der sich in seinem ausdrücklichen Inhalt verkörpert. Man mache sich einmal frei von dem ängstlichen Sichklammern an den Buchstaben, man erfasse das Gesetz großzügig in seinen Tendenzen und erhalte es nach Möglichkeit so entwicklungsfähig, daß es nicht ständig in seinem Wortlaut geändert zu werden braucht oder doch — was in unserem Falle zutrifft — so lange Träger unserer fortgeschrittenen Rechtsanschauungen sein kann, bis eine Neuregelung erfolgt. „Das Gesetz," schreibt Bozi in der I. W. 24, 959 (s. auch Jhrb. d. D.R. 23. Jhrg. S. 4), „gibt . . . das wahre Recht wieder, aber nur für die Zeit seines Erlasses. Insoweit bleibt der Richter an das Gesetz gebunden. Im übrigen ist es aber für den Richter nicht mehr Rechtsquelle, sondern Rechtserkenntnisquelle. Hat der Gesetzgeber längere Zeit geschwiegen, haben sich inzwischen die wirtschaftlichen und sozialen Zustände gewandelt, so hat der Richter durch Beobachtung des praktischen Lebens selbsttätig die Rechtskurve bis in die Gegenwart fortzuführen. Dabei steht ihm die Rechtswissenschaft helfend zur Seite, die als Rechtsforschung dazu berufen ist in Rechtssätzen das jeweilige wahre Recht zu formulieren". Treffend sagt Bozi, daß der Jurist mit dem Gesetzbuch künftig nicht mehr arbeiten solle wie mit einer Summe von Regeln, sondern wie mit Karte und Kompaß, die ihm auch in unbekanntem Neuland die Wege weisen. Wenn aber Riezler i. J.W. 25, 2459 Anm. z. 7 davor warnt, Gesetze lediglich, ohne Rücksicht auf Buchstabe und juristische Konsequenz, nach ihrem Zweck auszulegen und verlangt, daß die Bedeutung des Gesetzeszwecks in sorgfältiger Prüfung der

Einzelvorschrift, ihrer Fassung und ihrer Stellung im systematischen Zusammenhange gewürdigt werde, so ist dieser berechtigten Forderung von uns dadurch Ausdruck verliehen, daß wir sagten: Fortentwicklung des Gesetzes aus dem Geiste heraus, d e r s i c h i n s e i n e m a u s d r ü c k l i c h e n I n h a l t v e r k ö r p e r t. Gegen Art. 114 R.V. schützen uns die rechtmäßig interpretierten d. h. weiterentwickelten ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen (s. o. S. 23). Die Bestimmungen über Durchsuchung haben wir bereits dargelegt, wir wollen nun zunächst den anderen Grundpfeiler der Untersuchung, die Augenscheinseinnahme näher ins Auge fassen.

Einen Augenschein einnehmen kann:

1. Die Staatsanwaltschaft zu informatorischen Zwecken sowie die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes auf Anordnung der Staatsanwaltschaft;

2. Das Gericht im Beweisverfahren. Nur dieser „richterlichen Augenscheinseinnahme" räumt das Gesetz die bevorzugte Stellung des Augenscheinsbeweises ein (beweisen im technischen Sinne = den erkennenden Richter überzeugen). Der richterliche Augenschein wird eingenommen im vorbereitenden Verfahren vom Amtsrichter §§ 162, 165, 166 St.P.O., in der Voruntersuchung vom Untersuchungsrichter §§ 193, 195 St.P.O., auch vom Amtsrichter § 185 St.P.O., sonst in der Regel durch einen beauftragten oder ersuchten Richter. Auch das erkennende Gericht kann im Laufe der Hauptverhandlung Augenschein einnehmen, so auch die Motive z. § 188 (Hahn Mat. 1, 182), a. A. lediglich Glaser I 664. Die besonderen Vorschriften, welche die St.P.O. für die Augenscheinseinnahme gibt, beziehen sich allerdings auf den zuletzt erwähnten Fall nicht, insbesondere nicht der § 86; so auch R.G.St. 26, 277, Ullmann 339, Löwe-Rosenberg 548. Bei einer Augenscheinseinnahme im Rahmen der Hauptverhandlung ist § 169 G.V.G. (Oeffentlichkeit) und § 226 St.P.O. (ununterbrochene Anwesenheit von Richtern, Staatsanwaltschaft und Gerichtsschreiber) zu beachten. In den anderen Fällen ist insbesondere darauf hinzuweisen, daß immer ein Gerichtsschreiber zuzuziehen ist §§ 168, 187 St.P.O., und daß dieser gemeinsam mit dem Richter die im Protokolle verzeichneten Wahrnehmungen machen muß. Staatsanwaltschaft bzw. Privatkläger und Nebenkläger, Beschuldigtem und Verteidiger ist die Anwesenheit gestattet § 169, 193, 224, 225, 369, 385, 397 St.P.O. Der Augenschein ist auch dann noch ein „richterlicher", wenn der Richter einen Sachverständigen zuzieht. Die Zuziehung ist abgesehen von den §§ 87 und 91 St.P.O. in das Ermessen des Richters gestellt. Ueber die Anwesenheit der vom Beschuldigten benannten Sachverständigen s. §§ 169 Abs. II, 195 St.P.O. Ob ein richterlicher Augenschein eingenommen werden soll, entscheidet das Gericht, im vorbereitenden Verfahren die Staats-

anwaltschaft (§ 162 St.P.O.) nach freiem Ermessen. Gegen die richterliche Anordnung einer Augenscheinseinnahme ist Beschwerde gegeben nach Maßgabe der §§ 304 ff., s. insbes. die §§ 304, 305 und 307.

Die dritte Möglichkeit einer Augenscheinseinnahme ist die durch einen Sachverständigen allein zur Vorbereitung eines Gutachtens. Die vierte ist die durch eine Person, welche auf Grund ihres besonderen Sachverständnisses Wahrnehmungen macht, die der Richter mangels dieses besonderen Sachverständnisses nicht selbst machen kann, und über das Ergebnis derselben, über den Befund, dem Gericht Bericht erstattet. Fünftens endlich kann Augenschein eingenommen werden durch eine Person, welche Wahrnehmungen macht, die ohne besonderes Sachverständnis gemacht werden können, die aber der Richter — z. B. aus Anstandsrücksichten — nicht selbst machen will, oder — z.B. wegen Kurzsichtigkeit nicht selbst machen kann, und über das Ergebnis derselben dem Gericht Bericht erstattet. Der zuletzt genannte Fall ist auch dann gegeben, wenn die Aufgabe eine bestimmte Wahrnehmung zu machen und über den Befund zu berichen einem Arzt aus Rücksicht auf das Schamgefühl der in Augenschein zu nehmenden Person übertragen wird, da statt seiner auch eine vertrauenswürdige Frauensperson hätte beauftragt werden können. Grund der Uebertragung ist in diesen Fällen nicht eine besondere Sachkenntnis, sondern eine nach der gegebenen Sachlage in Betracht kommende Geeignetheit und Tauglichkeit (Hegler Arch. Ziv.Prax. 104, 157 ff.). Ob Beweis durch richterliche Augenscheinseinnahme stattfinden oder dieser durch die Aussage dritter Personen ersetzt werden soll, steht im freien Ermessen des Gerichts (s. u. a. R.G.-R.Spr. 3, 544, R.G. St. 14, 276); in R.G.St. 21, 225 wird betont, daß der Richter nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet sei die zweckmäßigere Maßnahme vorzuziehen, John 722 hingegen hält es für ungesetzlich die richterliche Augenscheinseinnahme auf die genannte Weise zu ersetzen.

In dem ersten der drei zuletzt genannten Fälle bildet die Augenscheinseinnahme lediglich die Grundlage für ein Gutachten, der Beweis, der hier dem Gerichte geliefert wird, ist Sachverständigenbeweis. In den beiden anderen Fällen erhebt sich die Frage: liegt Zeugen- oder Sachverständigenbeweis vor? Es ist schon oft versucht worden, die nicht ganz leicht erkennbare Grenze zwischen Zeugen und Sachverständigen zu finden. Der Unterschied liegt, wie Hegler richtig erkannt hat, in dem Grunde der Einführung in den Prozeß. Beim Zeugen (Hegler a.a.O. 247 ff.) ist es eine individuell historische, beim Sachverständigen eine generell rationale Beziehung zum Inhalt der Aussage, der Zeuge wird eingeführt als d e r Mann, der w a h r g e n o m m e n h a t, der Sachverstän-

dige als ein Mann, der Sachverständnis besitzt. Demnach liegt auch in dem Falle, in dem eine sachverständige Person dem Richter nur einen Befund, also nur Untersätze liefert, Beweis durch Sachverständige vor. So die allgemeine Meinung, a. A. R.G.St. 2, 157, Rupp 115 f., Bennecke-Beling 367 Anm. 29 u. a., die St.P.O. spricht allerdings fast nur von der begutachtenden Tätigkeit der Sachverständigen.

Noch schwieriger gestaltet sich die Beurteilung des Falles, daß eine Person über Wahrnehmungen berichtet, die sie im Auftrag des Gerichts ohne besondere Sachkunde gemacht hat. Die herrschende Lehre (s. z. B. R.G. Rspr. 3, 544, Beling 475, Friedrichs 393, Stein-Jonas I 1002) und die Motive zu § 77 (Hahn Mat. 1, 122) nehmen hier Zeugenbeweis an. Eine solche Person wird in den Prozeß eingeführt als eine Person, die eine erforderliche Geeignetheit und Tauglichkeit besitzt, als eine Person, die wahrnehmen kann (s. Hegler 249), sie ist also weder Zeuge noch Sachverständiger, letzterem aber nahe verwandt: an die Stelle der Sachkunde tritt hier eine bestimmte Tauglichkeit, beiden gemeinsam ist der Mangel einer individuell historischen Beziehung zum Inhalt der künftigen Aussage, beide sind vertretbar und ersetzbar. Die Vorschriften der St.P.O. über die Stellung der Sachverständigen haben für beide Personenkategorien die gleiche innere Berechtigung (Auswahl und Leitung der Tätigkeit durch den Richter, Ablehnbarkeit, Fehlen einer allgemeinen öffentlichen Pflicht zur Uebernahme der angetragenen Funktion), während analoge Bestimmungen beim Zeugen fehlen (siehe auch Möhring 59 ff.). Die Personen, welche über Wahrnehmungen berichten, die sie im Auftrage des Gerichtes gemacht haben und die sie ohne besonderes Sachverständnis machen konnten, sind daher als eine dem Sachverständigen analoge Erscheinung, als Quasisachverständige, wie sie Hegler nennt, zu behandeln (Hegler 160). Es finden eben Uebergänge statt zwischen Zeugen- und Sachverständigenbeweis, die zuletzt genannten Personen sind in ähnlicher Weise als „Sachverständige" zu behandeln wie die sachverständigen Zeugen als Zeugen, andererseits bilden diese Personen, welche ohne Sachkunde Wahrnehmungen machen, einen Uebergang zum Beweis durch Augenscheinseinnahme, mit dem ja schon die echte Sachverständigentätigkeit, wie Ueberschrift und Inhalt des 7. Abschnittes der St.P.O. zeigen, eng verbunden ist. Es wäre zu begrüßen, wenn die St.P.O. die Regelung, die sie dem Beweismittel Sachverständigen angedeihen läßt, ausdrücklich auf alle Personen ausdehnen würde, deren Stellung dem Gerichte und den Parteien gegenüber derjenigen der Sachverständigen entspricht im Gegensatz zu derjenigen der Zeugen.

Da in der körperlichen Untersuchung immer eine Augenscheinseinnahme liegt, ist Ausgangspunkt für die Frage, welche

Personen zur Anordnung und Ausführung der Untersuchung prozessual berechtigt sind und welche Förmlichkeiten des Verfahrens eventuell beobachtet werden müssen, das über die Augenscheinseinnahme Gesagte; da die körperliche Untersuchung aber auch einen der Durchsuchung des Körpers ähnlichen Angriff auf die Persönlichkeit des Betrofffenen enthält, ist Ausgangspunkt für die Frage, ob eine Pflicht zur Duldung der körperlichen Untersuchung besteht, das Durchsuchungsrecht. Die Beantwortung der letzteren Frage wird aber nicht ohne Rückwirkungen auf die erstere bleiben.

Daß die körperliche Untersuchung prozessual zulässig ist, ist nach dem heutigen Rechte selbstverständlich und unbestritten. Es steht dem also nichts im Wege, daß mit Einwilligung des Betroffenen eine Untersuchung des Körpers einer unverdächtigen Person gleich jeder bloßen Augenscheinseinnahme von der Staatsanwaltschaft und Polizei, vom Richter unter Beobachtung aller hierfür bestehenden Verfahrensvorschriften, von Sachverständigen und sog. Quasisachverständigen vorgenommen wird. Das Problem entsteht erst bei der Frage: kann die Untersuchung des Körpers einer unverdächtigen Person erzwungen werden? Nebenbei sei hier bemerkt, daß der Untersuchungsbegriff im Gegensatz zum prozessualen Durchsuchungsbegriff nicht an sich schon Zwangscharakter trägt.

Die körperliche Untersuchung greift noch stärker in die persönliche Würde und Freiheit des einzelnen ein als die körperliche Durchsuchung. Die Untersuchung hat nicht irgend einen Sachgegenstand, sondern den Menschen selbst zum Endziel, die Besichtigung des Körpers ist keine gelegentliche wie bei der Durchsuchung, sondern sie ist Zweck des Vorgehens, der Besichtigende konzentriert sich auf die Substanz des Körpers selbst, er verweilt mit seinem Blick auf ihr um ihrer selbst willen. Indem man sich also persönlich stärker beteiligt fühlt dadurch, daß man mit den Intimitäten seines eigenen Körpers Beweismittel, nicht nur notwendige Durchgangsstation zur Auffindung irgend eines anderen Beweismittels ist, erscheint die körperliche Untersuchung ihrem innersten Wesen nach der körperlichen Durchsuchung gegenüber als die größere seelische Belastung und damit als der schärfere Eingriff in die persönliche Freiheit. Dazu kommen aber noch praktische Gesichtspunkte. Die Durchsuchung kann vielfach durch freiwillige Herausgabe des gesuchten Gegenstandes abgewendet werden, die Untersuchung nicht; die Untersuchung betrifft von vornherein ganz besonders die Geschlechtsteile, da sie gerade in Sittlichkeitsdelikten von großer Bedeutung ist; ferner ist gerade in den zuletzt genannten Fällen wie aber auch in den meisten anderen sachverständige, u. a. also peinlich genaue und eingehende Besichtigung erforderlich.

Nach dem Gesagten kann davon keine Rede sein, daß die körperliche Untersuchung prinzipiell ein minus gegenüber der Durchsuchung bedeute wie Möhring 37 ff. meint. Auch in dem Bericht der Reichstagskommission zur Vorberatung des Entwurfes einer St.P.O. von 1910 wird die Durchsuchung als die mildere Maßregel bezeichnet (Sten.B. Bd. 277 Anl. Drucks. Nr. 638 S. 3211) und in der Begründung zu den §§ 81, 82 des Entwurfes von 1909 (Sten.B. Bd. 270 S. 89) heißt es: „Für eine einfache Durchsuchung bedarf es zur Schonung des weiblichen Empfindens so weit gehender Vorschriften nicht . . .". S. auch Stenglein i. Ger. S. 62, 260. In § 235 Abs. II der Militärstrafgerichtsordnung ist die Durchsuchung unverdächtiger Personen ausdrücklich ausgeschlossen und zwar, wie die Reichtagskommission, welche den Entwurf vorzuberaten hatte, bemerkt (Sten.B. 1897/98 2. Anl. Bd. Drucks Nr. 150 S. 1539/40), gemäß dem Beschluß des Reichstages vom 23. XI. 1896 bei der Strafprozeßnovelle zum § 103 d. R.St.P.O. Die Kommission verweist aber ausdrücklich darauf, daß die Durchsuchung nicht gleichbedeutend sei mit der Untersuchung einer Person um z. B. Verletzungen festzustellen. Sie scheint also bei letzerer, die sie nicht ausdrücklich regelt, den Zwang zuzulassen, zum mindesten läßt sie hier die Frage offen. Diese Stellungnahme widerspricht der unserigen, nach der, wenn die körperliche Durchsuchung verboten ist, die zwangsweise Untersuchung um so mehr verboten sein müßte, sie ist aber in ihrer eigenen Begründung widerspruchsvoll, denn in dem Reichstagsbeschluß, auf den sich der Kommissionsbericht stützt, wurde nicht die körperliche Durchsuchung, sondern die — allein zur Diskussion stehende — körperliche Untersuchung ausgeschlossen (s. Sten. B. 1895/97 5. Bd. S. 3399 ff., 5. Anl. Bd. Drucks. Nr. 534).

Während einerseits die körperliche Untersuchung stärker in die persönliche Freiheit eingreift als die körperliche Durchsuchung, so ist andererseits aber die Untersuchung des Körpers unverdächtiger Personen für den Strafprozeß ungleich wichtiger als die körperliche Durchsuchung dieser Personen, wie das auch die Praxis beweist. Bei zahlreichen Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit sowie Verbrechen und Vergehen der Körperverletzung ist die Untersuchung des Körpers des Verletzten die notwendige Voraussetzung für die Entscheidung von Schuld oder Nichtschuld des vermeintlichen Täters überhaupt und im speziellen für die Feststellung von Strafschärfungs- und Strafmilderungs-, Straferhöhungs- und Strafminderungsgründen. Besonders hervorzuheben ist die Bedeutung der körperlichen Untersuchung für die Entlastung des Beschuldigten (einen besonderen Fall dieser Art. s. bei Kohler G. Arch. 60, 214 Anm. 7). Wenn der Abgeordnete Stadthagen in der Reichstagssitzung vom 23. XI. 1896 (Sten.B. 1895/97

5. Bd. S. 3402) der Untersuchung diese Bedeutung abspricht, weil ein unparteiischer Richter nie zu einem „schuldig" gelangen könne, wenn die Person, deren Gut verletzt sein soll, sich weigert dasjenige zu tun, was im Interesse der Verteidigung beantragt ist, sondern in diesem Falle mindestens ein non liquet vorliege, so ist dem zu entgegnen, daß der Richter nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unter Umständen sehr wohl auf das Zeugnis einer ihm glaubwürdig erscheinenden Person sein Urteil stützen kann, insbesondere aber, daß, auch wenn der Richter mangels Beweise freispricht, die Ehre des Angeklagten damit nicht wiederhergestellt ist, letzterer vielmehr ein moralisches Interesse daran hat mangels Schuld freigesprochen zu werden; er hat sogar ein rechtliches Interesse daran, wenn es sich für ihn um eine Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft handelt. Der körperlichen Durchsuchung unverdächtiger Personen kommt eine gleiche Bedeutung nicht zu, sie wird überhaupt praktisch ein seltener Fall sein.

Wir stellen fest: die Untersuchung des Körpers einer unverdächtigen Person ist einerseits ein drückenderer Eingriff in die persönliche Freiheit als die Durchsuchung, sie ist andererseits wichtiger als diese; sie ist aber gegenüber der Durchsuchung wichtiger als sie drückender ist. Nun hat das Gesetz schon in den Fällen der Durchsuchung das staatliche Interesse an der Rechtspflege über das Interesse des einzelnen triumphieren lassen und zwar in einer Art und Weise, die letzterem fast keinen Raum gibt (§ 103 St.P.O.). Im Sinne dieses Gesetzes liegt es, auch in den Fällen der körperlichen Untersuchung unverdächtiger Personen das staatliche Interesse nicht von vornherein dem Interesse des einzelnen weichen zu lassen, die Rechtspflege nicht ohne weiteres von der Bestimmungsfreiheit des einzelnen, die auch reine Willkür sein kann, abhängig zu machen, sondern grundsätzlich die Möglichkeit körperlicher Untersuchung gegen den Willen des Betroffenen — auch der Geschlechtsorgane, was ja von besonderer Wichtigkeit ist (gg. Stenglein Ger. S. 62, 261) — anzuerkennen. Da es sich aber um einen noch stärkeren Angriff des Staates auf die Einzelperson handelt als bei der Durchsuchung, dürfen wir die Güterabwägung keinesfalls so einseitig zu Gunsten des Staates ausfallen lassen als dies bei der Durchsuchung geschehen ist, sondern müssen auch die berechtigten Interessen des einzelnen grundsätzlich anerkennen und in wirksamer Weise den staatlichen Interessen gegenüberstellen.

Schon bei der Durchsuchung wird der einzelne in einem gewissen Grade dadurch geschützt, daß erstere nur behufs der Beschlagnahme bestimmter Gegenstände und nur dann zulässig ist, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Sache sich am Körper der zu

durchsuchenden Person befinde. Dieser Schutz der Persönlichkeit muß als Mindestmaß bei der körperlichen Untersuchung vorhanden sein, wobei hinsichtlich der Voraussetzungen entsprechend der prozessualen Bedeutung der Untersuchung nicht nur dem Belastungsbeweis, sondern auch dem Entlastungsbeweis zu dienen die Modifikation eintreten muß, daß Tatsachen vorhanden sein müssen, aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Spur sich am Körper der zu untersuchenden Person befinde oder nicht befinde. Die persönliche Freiheit muß aber bei der Untersuchung über dieses Mindestmaß hinaus geschützt sein. Dieses Mehr bezüglich der Voraussetzungen genau zu fixieren ist für das geltende Recht nicht möglich, ob es überhaupt zweckmäßig ist, soll bei Besprechung der Entwürfe erörtert werden. Man kann aber folgenden Satz aufstellen: Ob eine unverdächtige Person gegen ihren Willen körperlich untersucht werden kann, hängt davon ab, welches der einander widerstrebenden grundsätzlich gleichberechtigten Interessen, das der staatlichen Gemeinschaft oder das des einzelnen, im vorliegenden Falle von größerem Gewicht ist. Diese Frage hat das zur Anordnung der Untersuchung berechtigte Organ sorgfältig zu prüfen, das Ergebnis dieser Prüfung kann ein verschiedenes sein, je nachdem es sich um schwere Delikte oder Bagatellen — nicht alle Uebertretungen müssen Bagatellen sein, s. Prot. I 83! —, um Belastung oder Entlastung des Beschuldigten handelt, je nachdem die zu untersuchende Person weiblichen oder männlichen Geschlechts, gut oder schlecht beleumdet ist, je nachdem die Untersuchung eine mehr oder weniger diskrete Stelle des Körpers betrifft. Vgl. i. allg. auch Beling Bew.V. 33 ff.

Dem richterlichen Ermessen ist hier freilich ein weiter Spielraum gelassen, aber man kann niemals die persönlichen Qualitäten des Richters, der ja selbst über Leben und Tod des Angeklagten nach seiner auf Grund der Hauptverhandlung gewonnenen freien Ueberzeugung entscheidet, durch eine umfassende Gesetzesmaschinerie ersetzen. Je mehr man das tut, desto mehr wird die persönliche Initiative, die Sicherheit und das Verantwortungsgefühl des Richters untergraben. Wohl aber sind notwendig möglichst klare Begriffsformulierungen, die dem Richter den Gegenstand seiner Erwägungen scharf umreißen und ihn zu objektivem Denken zwingen.

Zur Erbringung des Wahrheitsbeweises in einem Beleidigungsprozesse darf die körperliche Untersuchung einer unverdächtigen Person niemals angeordnet werden, da hier ein staatliches Interesse überhaupt nicht in Frage kommt. R.G.St. 42, 440, Kohler G. Arch. 60, 214 und Delius L.Z. 8, 1258, welche die Untersuchung als einen Fall der Durchsuchung ansehen, kommen zu dem gleichen Ergebnis auf dem Wege, daß der

§ 103 St.P.O. die körperliche Untersuchung nur behufs der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung zulasse.

Außer an den Voraussetzungen findet das Recht den Körper einer unverdächtigen Person gegen deren Willen zu untersuchen eine erhebliche Schranke an dem Kreise der zur Anordnung und Ausführung einer solchen Untersuchung berechtigten Personen. Zunächst kann die körperliche Untersuchung außer vom Richter auch von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden (§ 161 St.P.O.), erzwungen jedoch kann sie von Staatsanwalt und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes nicht werden. Nach herrschender und richtiger Lehre steht der Staatsanwaltschaft keine andere als die ihr von der St.P.O. ausdrücklich übertragene Zwangsgewalt zu (s. R.G.St. 9, 433, R.G. i. G. Arch. 62, 342, Löwe-Rosenberg 16. Aufl. 396, Möhring 13). Ist es ihr danach schon versagt das Zeugnis zu erzwingen, so steht ihr noch weniger das Recht zu die Untersuchung des Körpers einer unverdächtigen Person zu erzwingen. Das Recht die Untersuchung gegen den Willen der betroffenen Person anzuordnen steht lediglich dem Richter zu und zwar dem Amtsrichter im vorbereitenden Verfahren, dem Untersuchungsrichter, eventuell Amtsrichter in der Voruntersuchung, dem erkennenden Gericht im übrigen (s. o. S. 29). Den Vorsitzenden allein ermächtigt § 221 St.P.O. nicht zur Anordnung der in § 225 vorgesehenen Augenscheinseinnahme, also auch nicht Untersuchung (bestr. s. Voitus I 334 ff.).

Was die Ausführung der gegen den Willen der betroffenen Person angeordneten Untersuchung anlangt, so kommt das Verfahren der richterlichen Augenscheinseinnahme nicht in Betracht. Das Recht der Anwesenheit bei einer die Persönlichkeit so tief berührenden Angelegenheit wie der körperlichen Untersuchung kann Staatsanwalt bzw. Privat- oder Nebenkläger sowie Beschuldigtem und Verteidiger nicht gewährt werden, es ist übrigens auch die zu durchsuchende Person derlei Unannehmlichkeiten nicht ausgesetzt, aber auch die gemeinsame Besichtigung durch Richter und Gerichtsschreiber widerspricht völlig dem intimen Charakter der körperlichen Untersuchung, ohne daß sie ein dringendes Bedürfnis wäre; indem wir sie aber fallen lassen, entschwindet auch die Möglichkeit die körperliche Untersuchung als richterliche Augenscheinseinnahme, sei es in der Form des reinen oder der des gemischten Augenscheins, zu verwerten, übrig bleibt nur Beweis durch Sachverständige oder Personen, welche, ohne besondere Sachkunde zu besitzen, Wahrnehmungen machen.

Wenn eine Untersuchung des Körpers notwendig ist, dann ist meist sachverständige, also ärztliche Untersuchung notwendig. Insoweit kommen sich also die beiderseitigen Interessen entgegen, denn wenn sich jemand schon eine Untersuchung gefallen lassen muß, so ist sein Interesse in der Regel besser ge-

wahrt, wenn ein Arzt auf Grund richterlicher Anordnung die Untersuchung vornimmt, als wenn der Richter selbst zur Durchführung seiner Anordung schritte. Die Frage, ob der Richter seine Zwangsgewalt auf den Sachverständigen übertragen kann, hat hier demnach keinen vernünftigen Grund, denn eine solche Uebertragung liegt im Interesse des zu Untersuchenden selbst, sie kann aber immerhin auch rein prozeßrechtlich bejaht werden, da der Sachverständige Richtergehilfe ist. Eine andere Frage ist die, ob nicht der Richter aus Rücksicht auf das Schamgefühl der betroffenen Person die Untersuchung stets einem Arzte übertragen muß oder ob er in den Fällen, in denen sachverständige Untersuchung nicht erforderlich ist, berechtigt ist, selbst die Ausführung zu übernehmen oder sie anderen Personen zu übertragen. Dem Schamgefühl einer weiblichen Person kann im Einzelfall in völlig genügender Weise Rechnung getragen sein, wenn die Untersuchung durch eine Frau vorgenommen wird und das Interesse des Richters an eigener Wahrnehmung kann im Einzelfall von größerem Gewicht sein, als das Schamgefühl eines Mannes. Jedenfalls kann de lege lata das Recht des Richters eine Untersuchung des Körpers gegen den Willen der betroffenen Person selbst vorzunehmen oder sie anderen Personen als Aerzten zu übertragen, nicht von vornherein ausgeschlossen werden, entscheidend sind vielmehr die Umstände des einzelnen Falles und nicht zuletzt der persönliche Takt des Richters.

Leistet die zu untersuchende Person bei der Ausführung der Untersuchung Widerstand, so kann physischer Zwang angewendet werden wie bei der Durchsuchung. Die Zeugniszwangsmittel haben ihren Grund nicht in der Schonung der Person, sondern in der tatsächlichen Unmöglichkeit die Zeugnispflicht unmittelbar zu erzwingen; s. im übrigen u. S. 45.

Können auch die zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen gegen ihren Willen untersucht werden? Die nahen Angehörigen des Beschuldigten sind nach § 52 St.P.O. nicht verpfichtet Zeugenaussagen zu machen, sie sind nach § 95 Abs. 2 St.P.O. nicht verpflichtet Gegenstände, die der Beschlagnahme unterliegen, herauszugeben, sie sind aber nach § 103 St.P.O. verpflichtet sich durchsuchen zu lassen. Bei der Untersuchung des Körpers liegt, wie ausgeführt worden ist, ein noch höherer Grad persönlichen Beteiligtseins vor als bei der Durchsuchung des Körpers, der Mensch liefert durch seine eigene Persönlichkeit unmittelbar Beweis bei der Zeugenaussage durch seine Sprache, bei der Untersuchung durch seinen Körper. So nahe aber auch das pati bei der körperlichen Untersuchung an das facere bei der Zeugenaussage herankommt, so unterscheidet sich diese und die Edition von jener doch dadurch, daß es bei ihnen lediglich auf den

freien Willensakt der Person ankommt und das Gesetz dem Angehörigen nicht zumuten will von sich aus zur Ueberführung des Beschuldigten tätig zu werden. Ob das Gesetz darüber hinaus die Empfindungen der Angehörigen schonen will, ist angesichts seiner Haltung in § 103 St.P.O. zu mindesten zweifelhaft und es kann in den Tendenzen des Gesetzes nichts gefunden werden, was die Annahme rechtfertigen könnte, daß die zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen nicht zur Duldung einer Untersuchung ihres Körpers verpflichtet seien. Das Interesse der Angehörigen des Beschuldigten kann nur im Rahmen des oben S. 35 aufgestellten allgemeinen Satzes Beachtung finden, welcher lautet: die Möglichkeit eine unverdächtige Person gegen ihren Willen zu untersuchen hängt davon ab, welches der einander widerstrebenden Interessen, das der staatlichen Gemeinschaft oder das des einzelnen im vorliegenden Falle von größerem Gewicht ist.

Was das zulässige Maß körperlicher Untersuchung betrifft, ist auf die diesbezüglichen Ausführungen bei der Durchsuchung o. S. 27 zu verweisen, gleich dieser darf auch die körperliche Untersuchung nur salva rei substantia, wie sich Beling Bew.Verb. 23 im Hinblick auf Sachen ausdrückt, stattfinden. Die Abnahme von Haupt- und Barthaar dient in erster Linie der Wiedererkennung des Beschuldigten, kommt also unverdächtigen Personen gegenüber weniger in Betracht. Sie ist als zulässig zu erachten, insoweit sie die Persönlichkeit des Betroffenen nicht berührt. Die Persönlichkeit des Betroffenen wird dann nicht berührt, wenn dieser aus Rücksichten der Körperpflege sich regelmäßig das Haar abnehmen zu lassen pflegt. Für ausnahmslose Zulässigkeit Kreß 225, für ausnahmslose Unzulässigkeit Müller 450.

Nachdem wir nun die Pflicht unverdächtiger Personen sich körperlich durchsuchen und untersuchen zu lassen festgestellt haben, bleibt uns noch die Frage übrig, ob diese Personen auch zur Duldung einer bloßen Augenscheinseinnahme an ihrem Körper verpflichtet sind. Diese bloße Augenscheinsduldungspflicht, von der die körperliche Untersuchung ausgeschieden ist, verlangt von ihrem Objekt nichts anderes als sich so, wie es geht und steht, besichtigen zu lassen. Es wird hier keine positive Tätigkeit dem Betroffenen gegenüber entfaltet, sondern von diesem lediglich, um einen bereits gegebenen Zustand verwerten zu können, verlangt seinerseits keine Tätigkeit zu entfalten. Ein Eingriff in die persönliche Freiheit liegt vor, — man kann nicht wie Herrmann 27 von einer tatsächlichen Unmöglichkeit sich der Augenscheinseinnahme zu entziehen sprechen — doch ist er nur ganz gering. Das Gesetz, das die Durchsuchung ausdrücklich zuließ, hielt die bloße Augenscheinsduldungspflicht für selbstverständlich; aber

auch wenn die Durchsuchung unzulässig wäre, könnte doch letztere selbstverständlich sein. Mag es auch nach unseren heutigen Anschauungen erforderlich erscheinen, selbst diesen geringen Eingriff in die persönliche Freiheit ausdrücklich im Gesetz zu regeln — vielleicht fällt es einer späteren Zeit ein, auch für die Pflicht die Besichtigung eines Grundstückes, eines Hauses oder eines toten Körpers, die heute noch allgemein als selbstverständlich behandelt wird, eine spezielle Regelung zu verlangen! —, dem Gesetz von 1877, das wir zu interpretieren haben, lag das ferne, es sprach insoweit noch mit der Zulässigkeit auch die Duldungspflicht des Betroffenen aus.

Von den Arten der Augenscheinseinnahme und den entsprechenden Verfahrensvorschriften, die hier ebenso in Anwendung kommen, wie wenn es sich um die Einnahme eines Augenscheines an Sachen oder Ortlichkeiten handelt, wurde bereits gesprochen. Das Zeugnisverweigerungsrecht übt keinen Einfluß aus.

Ein besonderer Fall der Augenscheinsduldungspflicht ist die einen Teil der Zeugnispflicht bildende Konfrontationspflicht, soweit die Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung einer Person stattfindet (§ 59 Abs. 2 St.P.O.). Hier nimmt der eine Konfrontierte den anderen auf Grund richterlicher Anordnung und unter richterlicher Kontrolle in Augenschein. Findet hingegen die Gegenüberstellung zur Beseitigung eines zwischen zwei Zeugenaussagen vorhandenen Widerspruchs statt, so machen die beiden Konfrontierten ihre Feststellungen nicht auf Grund der Einnahme eines Augenscheins am Körper des anderen, sondern auf Grund dessen Aussagen. Um einen Beweisakt im Sinne unseres Strafprozeßrechtsystems, um eine richterliche Augenscheinseinnahme wie Voß G. Arch. 60, 192 und 199 meint, handelt es sich auch bei der Gegenüberstellung zwecks Wiedererkennung nicht; denn beweisen heißt dort die Ueberzeugung des Richters begründen, bei der Konfrontation aber nimmt nicht der Richter Augenschein, sondern die Konfrontierten nehmen einander in Augenschein und der Richter erhält Beweis durch die Aussage des Zeugen, die dieser auf Grund der Konfrontation macht und durch dessen sonstiges Verhalten. Die Konfrontation steht also immer im engsten Zusammenhange mit dem Beweis durch die Zeugenaussage und hat nicht die selbständige Stellung, die ihr Voß a.a.O. gegen Glaser I 486 f. polemisierend beilegt. Voß 190 ist insbesondere auch darin nicht beizustimmen, daß § 58 (jetzt 59) St.P.O. generell das Konfrontationsprinzip zu Zwecken der Beweiserhebung statuiere und dieses keinerlei Durchbrechung in den §§ 51 ff. (jetzt 52 ff.) St.P.O. finde. Diese Auffassung kann auch nicht, wie dies Kohler G. Arch. 60, 214 tut, darauf gestützt werden, daß die

Erscheinungspflicht des Zeugen im Strafverfahren im Gegensatz zum Zivilprozeß eine absolute ist.

D. Gesetzgeberische Reformversuche nach Erlaß der Reichsstrafprozeßordnung, Stellungnahme zu den Entwürfen und vergleichende Darstellung ausländischen Rechts.

Schon bald nach dem Inkrafttreten der R.St.P.O. setzte der Streit über die Auslegung des geltenden Rechts bezüglich der körperlichen Besichtigung unverdächtiger Personen im Strafverfahren ein und unter vielen anderen Dingen bedurfte auch diese Frage des Eingreifens seitens des Gesetzgebers. Hiebei zeigte sich aber, daß nicht nur die Auslegung des geltenden, sondern auch die Gestaltung des künftigen Rechts auf große und grundsätzliche Meinungsverschiedenheit stieß.

In der Reichstagskommission, die sich am 23. I. 1896 zur Beratung des dem Reichstage am 13. XII. 1895 vorgelegten Entwurfs eines Gesetzes betreffend Aenderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung konstituierte, wurde der Antrag, die Untersuchung des Körpers einer unverdächtigen Person zum Zwecke der Verfolgung einer strafbaren Handlung gegen den Willen der Person in einem dritten Absatz zum § 103 St.P.O. für unzulässig zu erklären, mit 8 gegen 6 Stimmen abgelehnt und dabei hervorgehoben, daß eine diskret vorgenommene körperliche Untersuchung das Schamgefühl einer weiblichen Person nicht mehr verletze, als die durchaus unvermeidliche Examination über sexuelle Angelegenheiten vor versammeltem Gericht (Sten. B. 1895/97 3. Anl. Bd. Drucks. Nr. 294). Der Antrag wurde jedoch von Rintelen im Plenum wiederholt (Sten. B. 1895/97 5. Anl. Bd. Drucks. Nr. 534) und in der Sitzung vom 23. XI. 1896 (Sten. B. 1895/97 5. Bd. S. 3399 ff.) mit großem Feuer vertreten. Er bezeichnete die zwangsweise körperliche Untersuchung unverdächtiger Personen als ein Attentat auf die Freiheit, die Sittlichkeit, die Ehre eines freien, unbescholtenen, unverdächtigen Staatsbürgers, als eine Brutalität und eine der Tortur gleich zu achtende Maßnahme. Die Gegner, zu denen insbesondere der Kommissar des Bundesrates gehörte, drangen nicht durch, der Antrag Rintelen wurde angenommen, der Entwurf scheiterte jedoch in dritter Lesung.

Vom 10. II. 1903 bis 8. VII. 1904 und vom 4. X. 1904 bis 1. IV. 1905 tagte die Kommission für die Reform des Strafprozesses. Auch sie beriet und zwar wiederum im Zusammenhang mit dem § 103 St.P.O. das Problem der körperlichen

Untersuchung unverdächtiger Personen (Prot. d. Kom. f. d. Ref. d. Strafproz. 2 Bde.). Die überwiegende Mehrheit der Kommission ging von der Auffassung aus, über den Körper einer Person werde im Interesse der Allgemeinheit vielfach gegen den Willen der Person verfügt, auch ohne daß sie eine strafbare Handlung begangen habe, z. B. bei Musterungen, bei Quarantänen, im Kriege, es bestehe somit kein in der Gesetzgebung allgemein anerkanntes und ausschließliches Recht der Person über ihren eigenen Körper; es könne aber auch gar nicht anerkannt werden, daß eine körperliche Untersuchung für den normal empfindenden Menschen etwas Kränkendes habe oder die von Sachverständigen in schonender Weise vorgenommene Untersuchung weiblicher Personen geeignet sei, das Schamgefühl zu verletzen; derartige Untersuchungen seien bei Erkrankungen durchaus üblich und würden auch sonst, wenn sie im eigenen Interesse der zu Untersuchenden vorgeschrieben seien, z. B. zum Nachweis der Anstellungsfähigkeit oder des Gesundheitszustandes gegenüber Behörden oder Versicherungsgesellschaften unbedenklich ertragen, sie müßten daher auch im Interesse der Allgemeinheit zugelassen werden, wenn sie für das anhängige Strafverfahren zum Zwecke der Feststellung des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins von Spuren oder Folgen einer strafbaren Handlung notwendig seien.

In der Frage, auf welche Weise im Falle der Weigerung die Untersuchung erzwungen werden solle, lehnte die Mehrheit der Kommission die Anträge, welche nur eine Haftstrafe bezw. die in § 69 St.P.O. bestimmten Zwangsmittel wahlweise neben der absoluten Gewalt eintreten lassen wollten, ab und stellte sich auf den Standpunkt, daß die Analogie des Zeugniszwanges nicht zutreffe, da die körperliche Untersuchung unmittelbar durchführbar sei, der Zeuge aber nicht unmittelbar zum Sprechen gezwungen werden könne, ferner daß die Anwendung der Zeugniszwangsstrafen das Verfahren erheblich verzögern und unter Umständen die Betroffenen geradezu veranlassen würde, die Duldung der Untersuchung zu verweigern, unmittelbarer Zwang also schon im Interesse der Autorität des Gesetzes gestattet werden müsse.

Das Recht der Anordnung wurde dem Richter, bei Gefahr im Verzug auch der Staatsanwaltschaft, das Recht der Androhung und Anordnung von Zwang nur dem Richter zugesprochen. Für die körperliche Untersuchung einer weiblichen Person wurde des weiteren bestimmt, daß sie nur von einem oder mehreren Aerzten (Aerztinnen) vorgenommen werden dürfe und daß auf Verlangen der zu Untersuchenden oder ihres gesetzlichen Vertreters ein Angehöriger oder eine geeignete weibliche Person als Beistand zuzuziehen sei, wenn

dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen könne.

Der Entwurf von 1908 löste die körperliche Untersuchung endgültig von der Durchsuchung los und wies ihr einen eigenen Platz in dem Abschnitt über Sachverständige und Augenschein an (§§ 81, 82 d. Entw.). Die Untersuchung einer unverdächtigen Person, welch letztere der Entwurf scharf von einer verdächtigen Person scheidet im Gegensatz zur Reformkommission, hat, wenn sie gegen den Willen des Betroffenen stattfinden soll, zur Voraussetzung, daß sie zum Zwecke der Feststellung, ob eine bestimmte Spur oder Folge einer strafbaren Handlung an dem Körper der Person sich befindet, unerläßlich ist. Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefahr im Verzug auch der Staatsanwaltschaft, Zwangsgewalt nur dem Richter zu. Gegen die richterliche Anordnung ist sofortige Beschwerde mit aufschiebender Wirkung zulässig. Die Ausführung der Untersuchung einer weiblichen Person muß einem Arzte übertragen werden, bei Gefahr im Verzuge darf eine Frau mit ihr betraut werden. Der Arzt kann eine weitere Medizinalperson oder eine Frau zuziehen. Andere Personen dürfen bei der Untersuchung nicht zugegen sein, doch soll auf Verlangen der von der Untersuchung Betroffenen oder ihres gesetzlichen Vertreters eine andere weibliche Person oder ein Angehöriger zugelassen werden. In dem § 98, der von der Durchsuchung unverdächtiger Personen handelt, sind die Schlußworte „in den zu durchsuchenden Räumen", die im geltenden § 103 der Stein des Anstoßes sind, weggelassen und dadurch für die Durchsuchung des Körpers unverdächtiger Personen die Bahn frei gemacht. Eine weibliche Person darf nur von einer Frau durchsucht werden.

Im Entwurf von 1909 (Sten. B. 1909 Bd. 270 Anl. S. 21 ff.) ist die aufschiebende Wirkung der Beschwerde (§ 82 Abs. 2 d. beiden Entwürfe) beseitigt und statt dessen auf die Bestimmung bei verdächtigen Personen (§ 81 Abs. 2 der beiden Entwürfe) verwiesen, nach der die Vornahme der Untersuchung bis zur Entscheidung über die Beschwerde auszusetzen ist, sofern dadurch nicht der Zweck der Maßregel gefährdet wird. Die zur Beratung des Entwurfs von 1909 eingesetzte Reichstagskommission lehnte die Anträge, die zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen von der Untersuchungsduldungspflicht ganz bezw., soweit es sicht nicht um die Verfolgung eines Verbrechens handelt, zu befreien, ab und nahm den § 82 in der Fassung des Entwurfes an (Sten. B. 1910 Bd. 277 Anl. Drucks. Nr. 638), desgleichen den von der Durchsuchung unverdächtiger Personen handelnden § 98 (Sten. B. 1911 Bd. 278 Drucks. Nr. 638).

Die §§ 102 und 119 des Entwurfes von 1919 entsprechen inhaltlich den §§ 82 und 98 des Entwurfs von 1909.

Es ist zu begrüßen, daß die Entwürfe den neuen Begriff der körperlichen Untersuchung aufgenommen und selbständig geregelt haben, es ist ferner zu begrüßen, daß sie entgegen einseitiger Betonung der Persönlichkeit und übertriebenem Humanitätsgefühl die Durch- und Untersuchung des Körpers einer unverdächtigen Person ohne deren Einwilligung zulassen, zum Schutze der davon Betroffenen aber eine Reihe bedeutungsvoller Bestimmungen treffen, und zwar mit Recht namentlich zum Schutze der von der Untersuchung Betroffenen: indessen müssen bei näherer Betrachtung der einzelnen Bestimmungen verschiedene Bedenken erhoben werden.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Untersuchung Nichtverdächtiger ohne deren Einwilligung stattfinden darf, beurteilen die Entvürfe einseitig nach der Größe des staatlichen Interesses an der Untersuchung, nicht auch nach der Größe des Privatinteresses, das verletzt wird. Der Richter hat zu prüfen, ob die Feststellung von Spuren einer strafbaren Handlung am Körper unerläßlich ist, d. h. ob nicht andere Beweismittel zum Ziele führen können, oder, wenn das nicht der Fall ist, ob das abzuurteilende Delikt schwerer oder geringfügiger Natur ist. Er hat aber z. B. nicht zu prüfen, ob er es mit einem unbescholtenen jungen Mädchen mit stark ausgeprägtem Ehr- und Schamgefühl oder einer übelbeleumdeten Person zu tun hat, ob die Untersuchung die Geschlechtsorgane betrifft oder etwa den Unterschenkel, den vorzuzeigen die betreffende Frauensperson ohne jeden vernünftigen Grund sich weigert. Der Richter darf in allen diesen Fällen ohne Unterschied die körperliche Untersuchung nur im äußersten Notfalle anordnen. Besser wäre es den Absatz 1 des § 102 bezw. 82 etwa folgendermaßen zu fassen: eine nicht verdächtige Person darf ohne ihre Einwilligung nur untersucht werden, wenn die Wichtigkeit der Feststellung, ob sich an ihrem Körper eine bestimmte Folge einer strafbaren Handlung befindet, die Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit, welche mit der körperlichen Untersuchung (gemeint ist die im konkreten Falle vorzunehmende körperliche Untersuchung) verbunden ist, rechtfertigt. Dieser Satz ist in sich beweglich genug, daß der Richter die Güterabwägung, die ganz von den Umständen des Einzelfalles abhängt, diesen Umständen entsprechend vornehmen kann und sich nicht von vornherein in der einen oder anderen Richtung einseitig festlegen muß. Nebenbei sei darauf hingewiesen, was schon Mayer 61 getan hat, daß von den beiden Wörtern „Spur“ und „Folge“ eines überflüssig ist, da sie beide genau dasselbe bezeichnen. Nicht aber kann Mayer a.a.O. darin beigestimmt werden, daß die Untersuchung zur Feststellung, w i e die Spur beschaffen ist, nach den Entwürfen nicht gestattet sei, als die „bestimmte Spur oder Folge einer strafbaren Handlung“ z.B.

einer gefährlichen Körperverletzung ist in einem solchen Falle eben die Beschaffenheit der Wunde etc. zu bezeichnen.

Den von der Reformkommission (und den Entwürfen) bestimmten Voraussetzungen erzwingbarer körperlicher Untersuchung möchte Feisenberger bei Aschrott 243 als eine weitere die zugefügt wissen, daß Tatsachen vorliegen müssen, aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Spur an dem zu untersuchenden Körper sich befindet. Die von Feisenberger aufgestellte Forderung müßte zum mindesten lauten: „ . . daß die gesuchte Spur an dem zu untersuchenden Körper sich befindet oder nicht befindet", da gerade die Feststellung des Nichtvorhandenseins von Spuren bei der körperlichen Untersuchung, die ja auch der Entlastung des Beschuldigten dient, von großer Bedeutung ist (s. o. S. 35). Die geforderte Bestimmung ist aber auch in dieser Form wohl entbehrlich. Die Beschränkung, die Löwenstein bei Aschrott 274 gemacht wissen will, daß das Gericht eine zwangsweise Untersuchung nur anordnen dürfe, wo nach der Sachlage die Besorgnis besteht, daß der Zeuge über seine Körperbeschaffenheit unzutreffende Angaben macht, ist mit Herrmann 38 im Interesse der Verteidigung abzulehnen. Die Einwände Mayers 59 und 63 gegen das Untersuchungsanordnungsrecht der Staatsanwaltschaft können nicht geteilt werden (s. im geltenden Recht § 161 St.P.O.!).

Was die Ausführung der körperlichen Untersuchung anlangt, so treffen die Entwürfe für Personen männlichen Geschlechts überhaupt keine Schutzvorschriften, zum Schutze der Frauen aber schießen sie über das Ziel hinaus. Kann nur ein Arzt tätig werden, fragen wir mit Delius 1260, wenn eine penible Zeugin den Aermel zurückstreifen soll, um eine Narbe auf dem Unterarm zu zeigen? Dagegen geht Mayer 64 zu weit, wenn er es für eine zu große Konzession an das weibliche Schamgefühl hält, daß der Richter bei der Untersuchung solcher Personen selbst dann nicht zugegen sein dürfe, wenn er sich nur durch eigenen Anblick eine Vorstellung machen und sich eine richtige Meinung bilden könne (?), wie andererseits Stenglein Ger. S. 62, 261 zu weit geht, wenn er sich schlechthin gegen die ohne Einwilligung der Betroffenen stattfindende Untersuchung der weiblichen Geschlechtsorgane wendet, weil es besser sei ein Beweismittel fallen zu lassen als gegen ein unverdächtiges Weib eine in ihr Schamgefühl so tief eingreifende Maßregel anzuordnen. Stenglein scheint dabei nur an den Belastungsbeweis, nicht an den Entlastungsbeweis gedacht zu haben. Herrmann 39 empfiehlt Frauen nur im Falle eines an ihnen begangenen Verbrechens einer körperlichen Untersuchung gegen ihren Willen zu unterwerfen, doch ist die Dreiteilung unseres Strafgesetzbuches selbst zu reformbedürftig, als daß wir sie hier zum Maßstabe machen möchten.

Das zulässige Maß von körperlicher Durch- und Untersuchung haben die Entwürfe nicht ausdrücklich geregelt. Eine solche Regelung kann man als entbehrlich betrachten, mangels anderer Vorschriften dürfen eben körperliche Durch- und Untersuchungen nur salva rei substantia (so auch Feisenberger b. Aschr. 243 u. 239), sowie ohne Schmerzverursachung oder Aufhebung des Bewußtseins erfolgen, worauf übrigens auch die Verwendung der Frau, die ja keinerlei Sachkenntnis, insbesondere medizinische Kenntnis zu besitzen braucht, bei der Ausführung von Durch- und Untersuchungen hinweist.

Die zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen sind in den Entwürfen von der Pflicht eine Durchsuchung und Untersuchung ihres Körpers über sich ergehen zu lassen nicht befreit. Der Staat kann nicht, wenn er schon von Amts wegen tätig wird, weil ein öffentliches Interesse auf dem Spiele steht, in so weitgehendem Maße auf die Mitwirkung der Bürger an der Rechtsverfolgung verzichten. A. A. Vargha 515, v. Liszt Nat. 339 f., Ehrenfreund 25, Herrmann 39 ff., Löwenstein b. Aschr. 274. Ganz besonders unangebracht wäre das Duldungsverweigerungsrecht von Kindern (man denke an Unzucht von Adoptiveltern und -kindern, Unzucht mit Personen unter 14 Jahren, Mißhandlung von Kindern durch Eltern, Kindsaussetzung), da diese meist völlig unter dem Einflusse der Erwachsenen handeln. Wenn wir auch den zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen nicht das Recht zugestehen können, die Möglichkeit einer Durch- und Untersuchung ihrer Person lediglich von ihrem eigenen Willensentschluß abhängig zu machen, so schützen wir ihre Interessen doch immerhin in der Weise, daß der Richter bei der Prüfung der Frage, ob die Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit, welche mit der körperlichen Besichtigung im konkreten Falle verbunden ist, gerechtfertigt ist (s. o. S. 43), auch die berechtigten Gefühle der Angehörigen in die Wagschale zu werfen hat.

Als Zwangsmittel zur Durchführung der körperlichen Untersuchung kommt ebenso wie bei der Durchsuchung nur direkter Zwang in Betracht. Wenn man schon von der Wichtigkeit der körperlichen Untersuchung so überzeugt ist, daß man dem Staate das Recht gibt, sie auch gegen den Willen der betroffenen Person durchzuführen, so darf man ihn nicht auf die unsicheren Zeugniszwangsmittel verweisen, wo direkter Zwang sicher zum Ziele führt und es praktisch doch nur darauf ankommt, daß der Richter die Möglichkeit hat direkten Zwang *anzudrohen*, denn auf die Anwendung von Gewalt wird es die zu untersuchende Person kaum jemals ankommen lassen; ist dies aber ausnahmsweise doch der Fall, so hat sie sich die in der Gewaltanwendung liegende Demü-

tigung selbst zuzuschreiben (s. Prot. I. 84, II 181; Feisenberger b. Aschr. 242).

Wenn wir zum Schlusse einen vergleichenden Blick auf das Strafprozeßrecht des Auslands werfen, so finden wir die Erfahrung bestätigt, daß das Problem der körperlichen Besichtigung, vor allem das der körperlichen Untersuchung, der jüngeren und jüngsten Vergangenheit angehört. Der code d'instruction criminelle spricht bei der Durchsuchung nur von der Haussuchung und enthält auch keinen Satz, der die Pflicht eine körperliche Untersuchung oder die Einnahme eines Augenscheins am Körper zu dulden ausspricht. Im englischen Recht finden wir gleichfalls keine Gesetzesbestimmungen, die sich mit der Besichtigung des Körpers unverdächtiger Personen befassen, die Praxis hat sich aber in Fällen, in denen eine weibliche Person untersucht werden sollte, auf den Standpunkt gestellt, daß keine Frau gegen ihren Willen untersucht werden dürfe. Die österreichische Strafprozeßordnung vom 23. V. 1873 gestattet in § 139 Abs. 2 die körperliche Durchsuchung von Personen, bei welchen eine hohe Wahrscheinlichkeit für den Besitz von Gegenständen, die für die Untersuchung von Bedeutung sein können, spricht oder welche übel berüchtigt sind. Bezüglich der körperlichen Untersuchung, die nicht unter den Begriff der Durchsuchung fällt (s. Ehrenfreund G. Arch. 53, 21), ist eine ausdrückliche Duldungspflicht nicht aufgestellt. Der § 116 sagt lediglich: „Der Augenschein ist vorzunehmen, so oft dies zur Aufklärung eines für die Untersuchung erheblichen Umstandes notwendig erscheint", und die §§ 132, 133 geben Verfahrensvorschriften für die Besichtigung bei Körperverletzungen. Ehrenfreund 24 ff. und Lohsing 352 treten grundsätzlich für die Augenscheinsduldungspflicht unverdächtiger Personen ein, lassen jedoch die das Zeugnisverweigerungsrecht betreffenden Bestimmungen Anwendung finden. Es herrschen also ähnliche Verhältnisse wie in Deutschland. Diese Feststellung kann auch bei der schweizerischen Militärstrafgerichtsordnung vom 28. VI. 1889 gemacht werden, diese enthält sogar wörtlich den § 103 der deutschen R.St.P.O., nur daß zur Vornahme der Durchsuchung die bloße Annahme genügt, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befinde (Art. 83).

Die Strafprozeßordnung der sowjetrussischen Republik von 1922/23 bestimmt in § 191 ohne sonst über die Pflicht eine körperliche Besichtigung zu dulden besondere Vorschriften zu treffen: „Der Untersuchungsrichter ist bei der Besichtigung einer Person anderen Geschlechts nicht zugegen, wenn die Besichtigung mit einer Entblößung der zu besichtigenden Person verbunden ist, mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen diese Person gegen eine solche Anwesenheit nichts einzuwenden hat" (in der Uebersetzung von Freund S. 259).

Am vollendetsten wird die Materie in der italienischen Strafprozeßordnung vom 27. II. 1913 (übersetzt von Erich) behandelt. Der Untersuchungsrichter ordnet die persönliche Durchsuchung an, wenn schwerwiegende Verdachtsgründe dafür vorhanden sind, daß jemand Gegenstände, die der Beschlagnahme unterliegen, verborgen hält, und nimmt sie unter Zuhilfenahme von Beamten oder Agenten der Gerichtspolizei und falls nötig, der öffentlichen Gewalt vor. In dringenden Fällen beauftragt er mit der Ausführung einen Beamten der Gerichtspolizei (Art. 233). Die Durchsuchung einer weiblichen Person wird durch eine Frau ausgeführt, ausgenommen in den Fällen tatsächlicher Unmöglichkeit (Art. 236). Von der Durchsuchung sind die ispezioni, die Besichtigungen, durch welche das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Spuren einer strafbaren Handlung festgestellt wird, zu unterscheiden (Art. 202 ff.). Die körperliche Besichtigung einer anderen Person als des Beschuldigten kann nur in den Fällen unbedingtester Notwendigkeit angeordnet werden (Art. 203 Abs. 2). Ausgeführt wird sie vom Richter persönlich oder von einem Sachverständigen. Eine andere Person hat nicht das Recht der Anwesenheit, ausgenommen eine Vertrauensperson des Betroffenen, falls dieser es beantragt. Der Richter muß den von der Besichtigung Betroffenen bei Strafe der Nichtigkeit davon unterrichten, daß er dieses Recht geltend machen kann. Bei der Besichtigung kann sich der Richter der Gegenwart enthalten, falls er einen Sachverständigen damit beauftragt hat. (Art. 203 Abs. 3 und 4).